



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
Εθνικόν και Καποδιστριακόν
Πανεπιστήμιον Αθηνών
— ΙΔΡΥΘΕΝ ΤΟ 1837 —

ΝΟΜΙΚΗ ΣΧΟΛΗ

Π.Μ.Σ.: ΕΛΛΗΝΟΓΑΛΛΙΚΟ ΜΕΤΑΠΤΥΧΙΑΚΟ ΣΤΟ ΕΞΕΙΔΙΚΕΥΜΕΝΟ
ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ
ΕΙΔΙΚΕΥΣΗ: ΕΞΕΙΔΙΚΕΥΜΕΝΟ ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ
ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΑΚΟ ΕΤΟΣ: 2018-2019

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ της Ανδρονίκης Τάτση Α.Μ.: 234

ΔΙΚΑΣΤΙΚΗ ΑΜΦΙΣΒΗΤΗΣΗ ΑΠΟ ΤΡΙΤΟΥΣ ΤΗΣ ΙΣΧΥΟΣ ΤΗΣ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ-ΣΥΓΚΡΙΤΙΚΗ ΜΕΛΕΤΗ ΤΟΥ ΕΛΛΗΝΙΚΟΥ ΚΑΙ ΤΟΥ ΓΑΛΛΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ

Επιβλέποντες:

Όνοματεπώνυμα επιβλεπόντων

α) κος Olivier Dubos

β) κος Philippe Nelidoff

γ) κα Hanan Qazbir

Αθήνα, Σεπτέμβριος 2019

Copyright © [Ανδρονίκη Τάση, 2020]

Με επιφύλαξη παντός δικαιώματος. All rights reserved.

Απαγορεύεται η αντιγραφή, αποθήκευση και διανομή της παρούσας εργασίας, εξ ολοκλήρου ή τμήματος αυτής, για εμπορικό σκοπό. Επιτρέπεται η ανατύπωση, αποθήκευση και διανομή για σκοπό μη κερδοσκοπικό, εκπαιδευτικής ή ερευνητικής φύσης, υπό την προϋπόθεση να αναφέρεται η πηγή προέλευσης και να διατηρείται το παρόν μήνυμα.

Οι απόψεις και θέσεις που περιέχονται σε αυτήν την εργασία εκφράζουν τον συγγραφέα και δεν πρέπει να ερμηνευθεί ότι αντιπροσωπεύουν τις επίσημες θέσεις του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών.

Faculté de Droit et Science Politique

Mémoire

Master 2 Franco-hellénique Droit public spécialisé

TATSI Androniki

**LA CONTESTATION JURIDICTIONNELLE PAR LES TIERS DE
LA VALIDITÉ DU CONTRAT ADMINISTRATIF- ÉTUDE
COMPARATIVE DU DROIT GREC ET DU DROIT FRANÇAIS**

Mémoire dirigé par le Professeur Olivier DUBOS

Année universitaire 2018-2019

« Les opinions exprimées dans ce mémoire sont propres à leur auteur et n'engagent pas l'Université de Bordeaux ».

Remerciements

Je tiens à remercier Monsieur le Professeur Olivier Dubos dont les conseils fournis et la bienveillante attention m'ont permis de mener à bien cette recherche.

Je tiens aussi à remercier le jury qui a accepté de consacrer son temps précieux à cette soutenance.

Sigles et abréviations

(Les abréviations et dénominations désignant des revues sont en italique)

aff.	Affaire
<i>AJDA</i>	<i>Actualité Juridique de Droit Administratif</i>
art.	Article
CA	Cour d'Appel
CE	Conseil d'Etat/Communauté européenne
CEE	Communauté économique européenne
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
DA	Droit Administratif
Rec.	Recueil
PUF	Presses universitaires de France
<i>RDC</i>	<i>Revue de Droit Commercial</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue Française de Droit Administratif</i>
<i>RTD</i>	<i>Revue Trimestrielle de Droit</i>
TCE	Traité des Communautés européennes
TUE	Traité sur l'Union Européenne
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
UE	Union Européenne

Sommaire

Introduction

Chapitre 1 – LES FONDEMENTS DE LA PROTECTION DES TIERS

Section 1 – Le droit au respect de la concurrence

Section 2 – Le droit à un procès équitable et efficace

Chapitre 2 – LES TIERS DEVANT LE JUGE

Section 1 – L'accès au juge

Section 2 – Les résultats de l'exercice des recours

Conclusion

Introduction

Le présent mémoire ambitionne de traiter le sujet de la protection juridictionnelle dont bénéficient les concurrents évincés de la procédure de la passation d'un contrat administratif, comme celle-ci est réglée selon la directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, comme celle-ci a été modifiée par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, le 11 décembre 2007 par rapport à la modification des directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics et par la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

Avant de procéder à l'examen détaillé des sujets rapportés ci-dessus, il se révèle opportun de présenter certaines remarques de nature plus générale.

Le renforcement continu et progressif du rôle social et réglementaire de l'Etat et dans un deuxième temps la crise économique et l'engouement pour l'attraction des grands investissements ont mené l'administration contemporaine à abandonner le modèle traditionnel des actes administratifs unilatéraux et à chercher des issues de collaboration et de coordination avec les personnes privées.

Par principe, le tiers était exclu de la relation contractuelle. L'adage, « Res inter alios acta alius neque nocere neque prodesse potest » pose le principe que la chose convenue entre les uns ne nuit ni ne profite aux autres. Cela signifie donc qu'un contrat conclu ne peut profiter qu'aux parties, et n'est opposable qu'envers les parties, et non aux tiers. Cependant, il serait difficile de prétendre que des tiers puissent être totalement extérieurs au champ contractuel, à la situation juridique que crée un contrat, car elle peut avoir un impact plus ou moins direct sur eux.

Auparavant, seules les parties aux contrats pouvaient saisir le juge pour demander l'annulation du contrat. Cette possibilité n'était pas ouverte aux tiers. Cette solution s'explique par la volonté de respecter la sécurité juridique des parties aux contrats. De plus, le contentieux de l'excès de pouvoir s'est affirmé comme un contentieux de légalité objective, alors que le contrat représente des droits purement subjectifs. Cette solution a pour conséquence que les moyens d'action des tiers étaient jusqu'à aujourd'hui limités.

Toutefois, l'impulsion du droit communautaire et de la CJCE a été déterminante. L'ordre juridique national a été appelé à gérer l'ouverture de l'action contractuelle des personnes morales publiques à la concurrence. Les réglementations du droit communautaire dérivé, lesquelles ont en plus influencé de façon importante le droit national des états membres et se sont focalisées conventionnellement à l'étape précontractuelle des contrats publics, sont orientées à l'expansion de la garantie du respect aux principes de l'égalité de traitement et de

transparence, qui sauvegardent le développement de la concurrence libre, effective et efficace. Donc, le législateur communautaire, vu que les dispositions des Traités concernant le droit de liberté d'établissement et la prestation de services ne suffisaient pas pour la libéralisation essentielle du marché de contrats publics, établissant un cadre spécifique de règles de fond et de modalités procédurales relatives aux contrats publics, a tenté à renforcer la libéralisation du marché des contrats publics qui constitue une condition pour l'achèvement du marché commun européen. Plus précisément, le droit communautaire des contrats publics constitue une partie du droit communautaire économique et il est constitué du droit des conventions contractuelles publiques et du droit de la protection juridictionnelle. Les directives dites « recours » présentent un exemple de la conception de la protection juridictionnelle efficace par le législateur européen et montrent ses efforts d'apporter une coordination entre les Etats-membres en cette matière.

Ces fondements ont abouti à une évolution jurisprudentielle à l'égard des tiers en matière de contrats administratifs.

Le juge administratif a fini par admettre, la possibilité pour les tiers au contrat administratif de venir contester la validité de ce contrat.

Vu les faits mentionnés ci-dessus, l'ouvrage présent tient à souligner par l'analyse des issues relatives, l'impact irréfutable du droit communautaire aux ordres juridiques des États membres et surtout à l'élaboration évolutive et la sauvegarde du droit de la protection juridictionnelle et à la propulsion aux ordres juridiques des états membres de constructions juridiques de provenance communautaire. A cause de cette intrusion du droit communautaire, l'examen systématique et profond de ces issues, nécessite l'examen parallèle des règles nationales et communautaires, ainsi que la référence à la jurisprudence relative des juridictions nationales de la Grèce et de la France et à celle de la Cour de justice de l'Union européenne.

L'idée était de tenter à démontrer par ce mémoire, l'importance de la protection dont doivent bénéficier les tiers pour assurer un cadre de concurrence libre et sein en ce qui concerne les droits administratifs. C'est pourquoi le présent mémoire commence par poser les fondements et donner un cadre de la protection de la concurrence et du droit à un procès équitable et après présente un encadrement concret des conditions des recours contentieux.

Chapitre 1 – Les fondements de la protection des tiers

Ce chapitre est consacré à la présentation des principes qui fondent les la nécessité d'une protection des concurrents évincés. On examine le droit au respect de la concurrence (Section 1) et le droit à une protection équitable et efficace (Section 2).

Section 1- Le droit au respect de la concurrence

Le droit de l'Union, nouvelle source du droit national de la commande publique, est très attaché aux « principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ». Ils constituent le fondement de l'efficacité concurrentielle. Devenu à la fois un droit de la demande et de l'offre, le droit ne peut plus négliger les opérateurs, qu'ils aient été ou non candidats à l'attribution de leurs contrats. Il doit garantir une utilisation optimale des fonds publics et le maintien d'un espace d'égale concurrence entre les candidats aux contrats administratifs, qu'ils soient privés ou publics. Ce cadre juridique constitue un terrain fertile au développement des droits des tiers dans le contentieux contractuel¹.

Dans cette section première on tente à examiner dans un premier temps (partie A) si le droit de la concurrence s'applique directement aux contrats publics et sous quelles conditions (A.1) en analysant aussi comment le droit interne en France et en Grèce s'aperçoit de la concurrence dans ce domaine (A.2). Dans un deuxième temps (partie B), on cherche à examiner si la protection de la concurrence s'effectue par autres voies en visant à démontrer que l'objectif des directives dites « recours » est enfin la protection de la concurrence (B.1) et en soulignant d'autres principes du droit de l'Union qui protègent la concurrence d'une façon indirecte (B.2).

A. La protection directe de la concurrence

1. *Le droit de la concurrence de l'Union européenne (problèmes d'applicabilité aux pouvoirs adjudicateurs publics)*

Même la notion de contrat implique une mise du pouvoir adjudicateur en concurrence et à la logique du marché, qui s'inspire des théories économiques et libérales. Au sein de l'Union européenne, l'objectif d'atteindre des conditions de concurrence libre est en conformité avec la logique d'une économie de marche ouverte (art. 119 TFUE, par. 1).

La question en cause est si les contrats administratifs sont directement soumis selon le droit de l'Union européenne à un contrôle de conformité aux dispositions du droit de la concurrence.

Le droit primaire de l'Union européenne de la concurrence vise en premier lieu les entreprises. Le juge de l'Union européenne reconnaît comme entreprise au sens du droit de la concurrence toute entité, indépendamment de sa forme juridique et de son mode de financement (CJCE, 23 avr. 1991, aff. C-41/90, Höfner : Rec. CJCE 1991, I, p. 1979, CJCE, 25 oct. 2001, aff. C-475/99, Ambulanz Glöckner, Recueil CJCE 2001, p. I-8089). Le point

¹ *Jury F.*, Les droits des tiers dans le contentieux des contrats administratifs : un droit au juge en « trompe-l'œil », RFDA 2019. 55

crucial est l'exercice d'une activité économique [constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné (CJCE, 20 mars 1985, aff. 41/83, British Telecom : Rec. CJCE 1983, p.873)].

Les prérogatives de puissance publique ne sauraient se prêter à une qualification d'activité économique (V. CJCE, 19 janv. 1994, aff. C-394/92, SAT c/Eurocontrol).

Néanmoins, les prérogatives de puissance publique ne peuvent pas exclure la qualification d'une activité économique, car il faut veiller à la pluriactivité de telles entités. Ceci amène à faire la distinction entre, d'une part, les activités qui relèvent véritablement des prérogatives de puissance publique ou qui tendent à satisfaire une mission de service public et, d'autre part, celles qui entrent pleinement dans la qualification d'une activité économique. Ainsi, dans l'affaire Aéroports de Paris, les prérogatives de puissance publique devaient être dissociées des activités de mise à disposition des installations aéroportuaires contre redevances, offertes aux entreprises prestataires de services en escale aux compagnies aériennes (V. CJCE, 24 oct. 2002, Aéroport de Paris). La Cour de justice exerce toute sa vigilance sur l'analyse relative à la dissociation des prérogatives de puissance publiques pour retenir le caractère économique de certaines activités².

En matière des contrats publics, pas tous les contrats que l'Administration conclut sont liées à une activité économique. Il peut également s'agir de l'exécution d'un service public³. Le placement direct des pouvoirs adjudicateurs sous le régime des articles 101 et 102 TFUE concernant les ententes et l'abus de position dominante semble difficile, mais la Cour applique indirectement ces articles en les combinant avec l'obligation de coopération loyale entre les Etats-membres.

À titre d'exemple, dans l'affaire Cipolla⁴ la Cour a jugé que "selon une jurisprudence constante, s'il est vrai que, par eux-mêmes, les articles 81 CE [devenu 101 TFUE] et 82 CE [devenu 102 TFUE] concernent uniquement le comportement des entreprises et ne visent pas des mesures législatives ou réglementaires émanant des États membres, il n'en reste pas moins que ces articles, lus en combinaison avec l'article 10 CE, qui instaure un devoir de coopération [aujourd'hui figurant dans l'article 4 par. 3 TUE], imposent aux États membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures, même de nature législative ou réglementaire, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises (voir, notamment, ordonnance du 17 février 2005, Mauri, C- 250/03, Rec. p. I- 1267, point 29 et jurisprudence citée).

² D'après le fascicule distribué par Mme C. Prieto dans le cadre de son cours de droit de l'Union européenne de la concurrence pendant le 1er semestre de l'année universitaire 2017-2018 à l'université de Paris I Panthéon Sorbonne, que j'ai eu la chance de suivre dans le cadre du programme Erasmus.

³ CJCE, 4.5.1988, aff. C-30/87, Bodson: Rec. CJCE 1998, p. I-2479, point 18: "Comme la Commission l'a observé à juste titre, l'article 85 du traité s'applique, d'après ses termes mêmes, aux accords «entre entreprises»; cette disposition ne vise pas les contrats de concession conclus entre des communes agissant dans leur qualité d'autorités publiques et des entreprises chargées de l'exécution d'un service public."

⁴ CJCE, 5.12.2006, aff. C-94/04 et C-202/04, Cipolla et autres, Recueil de la jurisprudence 2006, p. I-11421, points 46 et 47.

La Cour a notamment jugé qu'il y a violation des articles 10 CE et 81 CE lorsqu'un État membre soit impose ou favorise la conclusion d'ententes contraires à l'article 81 CE ou renforce les effets de telles ententes, soit retire à sa propre réglementation son caractère étatique en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention d'intérêt économique (ordonnance Mauri, précitée, point 30 et jurisprudence citée)".

La Cour reconnaît de cette façon un effet vertical indirect aux règles européennes de la concurrence, que les Etats doivent respecter en risquant qu'un recours en manquement s'adresse contre eux en cas de non-conformité.

À plusieurs reprises la jurisprudence européenne a aussi analysé l'article 86 TCE (devenu 106 TFUE) concernant l'interdiction des droits exclusifs par rapport aux contrats publics et l'a interprété systématiquement en combinaison avec l'article 82 TCE.

Plus précisément, si un acte étatique crée les conditions sous lesquelles l'exercice d'un droit exclusif amène forcément à, favorise ou facilite l'abus de la position dominante, le comportement de l'entreprise est attribué à l'Etat et est considérée comme contraire aux articles 86 TCE (devenu 106 TFUE) et 82 TCE (devenu 102 TFUE)⁵. Ledit article peut aussi être lu en combinaison avec l'article 81 CE (101 TFUE) au cas où l'octroi d'un droit exclusif impose ou favorise l'accord d'une entente illicite⁶.

La jurisprudence de la Cour a admis⁷ que comme mesure étatique qui entre dans le champ d'application de l'article 86 CE par. 1 peut être aussi considérée l'attribution d'un contrat administratif, si par elle est octroyé un droit spécifique ou exclusif au bénéfice de l'adjudicateur et au détriment des autres entreprises qui ont participé à la procédure de passation du contrat en cause, sous la condition que l'État-membre ne peut pas influencer le comportement de l'entreprise adjudicatrice.

Concernant les aides d'État, l'article 107 TFUE prévoit dans son premier paragraphe que "sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions". Selon la théorie et la jurisprudence, la notion de l'aide d'État est conçue au sens large⁸. La Cour a admis assez tôt dans sa jurisprudence concernant les contrats de service public que dans la conclusion ou l'exécution des contrats administratifs peuvent être appliquées les dispositions de l'article 87 TCE et suivants⁹.

⁵ CJCE, 18.6.1991, aff. C-260/89, ERT AE, Recueil de la jurisprudence 1991, p. I-2925, CJCE, 13.12.1991, C-18/88, Régie des télégraphes et des téléphones (RTT) et GB-Inno BM SA, Recueil de la jurisprudence 1991, p. I-594

⁶ V. p.ex. CJCE, 17.11.1993, aff. C-245/91, OHRA, Recueil de la jurisprudence 1993, p. I-5851

⁷ CJCE, 25 oct. 2001, aff. C-475/99, Ambulanz Glöckner, Recueil de la jurisprudence 2001, p. I-8089

⁸ V. Communication relative à la notion d'aide d'Etat visée à l'article 101, juillet 2016

⁹ TCE 28.1.1999, aff. T-14/96, BAI/Commission, Recueil II-139, point 71 : "Il en découle qu'une mesure étatique en faveur d'une entreprise qui revêt la forme d'une convention d'achat de bons de voyage ne

L'article 107 TFUE ne donne pas une définition exhaustive de la notion de l'aide d'État, mais il offre certains critères d'appréciation : a) l'octroi d'un avantage pécuniaire, b) le financement par les ressources de l'État, c) la manière sélective dont est conféré l'avantage, d) distorsion ou menace de distorsion de la concurrence et affectation des échanges intracommunautaires. Le problème est si ces conditions sont remplies en cas des contrats administratifs.

En premier lieu, la notion de l'avantage dépasse le cas d'une simple subvention. Il pourrait s'agir également d'une concession sans contrepartie financière ou avec une contrepartie très basse, résultant à l'allègement du budget de l'entreprise, qui n'occure pas sous des conditions normales¹⁰. Le critère qui s'applique est celui d'un opérateur privé hypothétique¹¹. Il est sans doute que l'acheteur public prend en compte d'autres critères aussi, comme l'intérêt général et des paramètres non lucratives, p.ex. des aspects sociaux. Le critère d'opérateur privé dans le cadre des contrats administratifs n'est pas écarté par l'appréciation de tels paramètres, mais il s'y adapte et s'évolue. Comme un tel avantage pourrait être considéré une contrepartie qui excède celle qui est habituelle au marché des produits ou des services (« payment in excess of the market price ») offerts au pouvoir adjudicateur¹². Un tel avantage existe aussi si l'autorité publique conclut un contrat même si elle n'a pas besoin des produits ou des services spécifiques¹³.

Concernant l'accord des aides par les États ou au moyen de ressources de l'État, malgré l'exposition de ces conditions à titre subsidiaire, comme l'implique la lettre de l'article 107 TFUE, la jurisprudence exige leur application cumulative¹⁴. Comme il relève de la jurisprudence de la Cour, la notion de l'État doit être prise au sens large du terme, dans toutes ses émanations : collectivités territoriales, organismes publics ou privés soumis au contrôle de l'État.

La majorité des marchés publics peuvent être considérés comme totalement ou partiellement financés par des ressources de l'État et attribués directement ou indirectement à des organismes publics. Les directives en matière de marchés publics désignent les pouvoirs adjudicateurs comme étant l'État, les autorités locales ou régionales, les organismes de droit public¹⁵ ou leurs associations et - en particulier la directive 2014/25/ UE sur les secteurs

saurait, du seul fait que les parties s'engagent à des prestations réciproques, être exclue a priori de la notion d'aide d'État visée à l'article 92 du traité».

¹⁰ V. p.ex. CJCE, 11.7.1996, aff. C-39/94, La Poste, Rec. 1996, I-3547, point 58

¹¹ On compare le comportement de l'Etat avec celui d'un hypothétique investisseur/opérateur privé : n'est pas une aide l'acte résultant du comportement raisonnable et avisé de l'investisseur privé en économie de marché (v. CJUE, 2014, C-533/12P, SNCM, CJUE, 2015, Electrobél, C-357/14P)

¹² CJUE, 16.12.2010, aff. C- 239/09, Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe contre BVVG Bodenverwertungs, Rec. 2010, p. I - 13099, point 34, CJUE, 22.11.2007, aff. C-290/07, Commission contre Scott, Rec. 2008, p. I - 166, point 68

¹³ TCE 28.1.1999, aff. T-14/96, BAI/Commission, Recueil II-139

¹⁴ CJCE, 2001, C-379/98 Preussen Elektra

¹⁵ V. Le deuxième alinéa du considérant 10 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE : « À cette fin, il faudrait préciser qu'un organisme, qui opère dans des conditions normales de marché, poursuit un but lucratif et supporte les pertes liées à l'exercice de son activité, ne devrait pas être considéré comme un «organisme de droit public», étant donné que les besoins d'intérêt général pour la satisfaction desquels il

exclus – les entreprises publiques, à savoir les entreprises sur lesquelles les pouvoirs adjudicateurs peuvent exercer, directement ou indirectement, une influence dominante sur la propriété, la participation financière ou les règles qui les régissent.

Le cas des autorités centrales de l'État est évident, tandis que celui des autorités locales ou régionales est simple, car, selon la jurisprudence de la Cour, elles relèvent de la notion de l'État. Au contraire, il est considéré plus complexe de relever de la notion d'"État" de l'article 107, paragraphe 1 TFUE le cas d'entreprises et d'organismes de droit public.

Dans l'arrêt Stardust Marine¹⁶, la Cour a posé le critère du degré de contrôle par l'État, c'est-à-dire si l'État exerçait ou non, directement ou indirectement, une influence dominante sur l'organisme du droit public ou sur l'entreprise publique qui a conclu le contrat et si ce contrat résultait de l'exercice de cette influence. La jurisprudence de la Cour, en l'espèce, exclut la création par les États d'organismes "autonomes" habilités à octroyer des aides d'État et permettant d'éviter l'application du droit communautaire des aides d'État.

Concernant la manière sélective dont est conféré l'avantage pécuniaire, il faut noter qu'une analyse au cas par cas doit s'appliquer, mais il semble que cette condition est remplie dans la plupart des contrats administratifs, car les avantages pécuniaires qui sont conférés dans le cadre d'un contrat administrative ont un caractère sélectif et ne constituent pas des mesures de caractère général qui concernent l'ensemble de l'économie nationale.

La condition de distorsion ou de menace de distorsion de la concurrence va de pair avec la constatation du renforcement de la situation financière de l'entreprise contractante par rapport à ses concurrents au sein de l'UE. Le renforcement de la position de l'opérateur économique bénéficiant d'une aide d'État consiste à réduire le potentiel concurrentiel des entreprises concurrentes existantes et à empêcher des entreprises concurrentes potentielles de pénétrer dans un nouveau marché ou dans une nouvelle zone géographique, situées à l'intérieur ou à l'extérieur de l'État membre.

2. La protection de la concurrence en droit interne (vers un principe général de protection de la concurrence ?)

En France, le contrôle des actes administratifs du point de vue du droit de la concurrence n'était initialement pas possible, sauf si la distorsion de concurrence alléguée consistait un détournement de pouvoir¹⁷.

Aujourd'hui, il vise l'activité administrative selon deux modalités. D'une part, l'article L. 410-1 du code de commerce pose l'applicabilité des règles de concurrence à toute activité marchande indépendamment du critère organique. Il y a un bloc de compétences spécifique en matière de répression des comportements anticoncurrentiels car lorsqu'une personne

a été créé ou qu'il a été chargé de satisfaire peuvent être réputés avoir un caractère industriel ou commercial ».

¹⁶ CJUE, 16.5.2002, aff. C-482/99 République française contre Commission, Rec. p. I-4436 point 23, TUE 12.12.1996, aff. T-358/96, Air France/Commission, Rec., p. Π-2109, point 62

¹⁷CE 23 mars 1938, Société des transports Citroën, Lebon p. 304

publique agit économiquement sans respecter le droit de la concurrence, elle ne pourra pas échapper au contrôle du Conseil de la concurrence.

Le droit de la concurrence doit aussi être pris en compte par l'administration même lorsqu'elle ne prend pas en charge une activité économique. Les décisions de l'autorité publique ne doivent pas conduire ou permettre à un opérateur de commettre une pratique anticoncurrentielle. Dans ce cas, le juge administratif est compétent pour sanctionner des agissements administratifs relevant de l'action publique. Il s'agit donc d'un principe général de respect de la concurrence dans l'activité de l'Administration qui se forme.

Le Conseil d'État dans son arrêt *Société Million et Marais*¹⁸ est arrivé, comme l'a décrit Jérôme Michel¹⁹ à "consommer l'union de l'eau et du feu". En l'espèce était en cause une concession de service public entre une commune et une société de pompe funèbre qui en vertu du contrat bénéficiait de droits exclusifs pour exercer sa mission. Une autre société de pompe funèbre avait engagé une action en responsabilité devant le juge judiciaire et ce dernier était confronté à la question de savoir si le droit exclusif conféré par le contrat était légal ou pas. Il a donc posé une question préjudicielle au juge administratif. L'arrêt opère une nouveauté car pour la première fois le Conseil d'État apprécie au regard des règles internes de concurrence ainsi que des règles communautaires la légalité des délégations du service public. L'objectif était de vérifier si les clauses du contrat de concession, en raison du droit exclusif qu'il comporte, étaient compatibles avec l'article 86 du traité instituant la Communauté européenne et avec les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, qui prohibent notamment l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Un autre point intéressant est que la Cour appelle à contrôler non seulement l'objet, mais aussi la durée du contrat²⁰.

En 2000, avec l'avis *Société L&P Publicité*²¹, la jurisprudence *Société Million et Marais* est aussi entrée au cœur de l'activité unilatérale de l'Administration: « Dès lors que l'exercice de pouvoirs de police administrative est susceptible d'affecter des activités de production, de distribution ou de services, la circonstance que les mesures de police ont pour objectif la protection de l'ordre public ou, dans certains cas, la sauvegarde des intérêts spécifiques que l'administration a pour mission de protéger ou de garantir n'exonère pas l'autorité investie de ces pouvoirs de police de l'obligation de prendre en compte également la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de la concurrence. Il appartient au juge de l'excès de pouvoir d'apprécier la légalité de ces mesures de police administrative en recherchant si elles

¹⁸ CE 3 novembre 1997, Lebon p. 406, concl. Stahl ; Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, n° 107 ; AJDA 1997, p. 945, chron. Girardot et Raynaud, et 1998, p. 247, note O. Guézou ; RD publ. 1998, p. 256, note Y. Gaudemet

¹⁹ Jérôme Michel, Police administrative et droit de la concurrence, AJDA 2005.77

²⁰ En l'espèce, si le contrat litigieux a créé au profit de l'entreprise concessionnaire une position dominante au sens de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 en attribuant à la société concessionnaire un droit exclusif sur les prestations du service extérieur des pompes funèbres de la commune, la durée de six ans, renouvelable une fois par décision expresse, de cette convention ne met pas la société en situation de contrevenir aux dispositions de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

²¹ CE sect. 22.10.2000, RFDA 2001.872

ont été prises compte tenu de l'ensemble de ces objectifs et de ces règles et si elles en ont fait, en les combinant, une exacte application. »

L'avis Société L&P Publicité pourrait mettre une fin au principe dégagé par l'arrêt Blanco, pierre angulaire du droit administratif, selon lequel « les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés » impliquent que les personnes publiques « ne peuvent être régies par les principes qui sont établis dans le code civil, pour les rapports de particulier à particulier » (T. confl. 8 février 1873, Lebon p. 61, concl. David ; Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative, n° 1). Le principe général du respect de la concurrence est étendu, de manière remarquable, aux décisions de police qui n'ont pas comme objectif directe la fonction du marché, mais qui pourraient avoir pour effet de fausser le libre jeu de la concurrence notamment en plaçant une entreprise en position dominante abusive.

Le Conseil d'État est allé encore plus loin avec trois arrêts (CE 5 mars 2003, Immaldi et Cie, req. n° 225470 ; CE 30 juillet 2003, Caen Distribution, req. n° 227838 ; CE 17 décembre 2003, Commune de Nanterre, req. n° 241471), où il a déduit que toute autorité administrative détenant des pouvoirs dont l'exercice est susceptible d'affecter des activités économiques doit veiller au respect des règles de concurrence.

Il ne s'agit pas là d'une simple « prise en compte » des règles de concurrence en matière d'urbanisme, comme dans l'avis L & P Publicité (CE 22 novembre 2000, AJDA 2001, p. 198, note M.-C. Rouault ; RFDA 2001, p. 872, concl. S. Austry). En effet, l'arrêt *Commune de Nanterre* fait injonction aux commissions d'équipement commercial de rechercher l'existence d'une éventuelle violation, ou risque de violation, des règles de concurrence : « Il appartient à la Commission nationale d'équipement commercial siégeant en matière cinématographique [...] de rechercher, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont reconnus par la loi du 27 décembre 1973 et l'article L 720-1 du code de commerce, si la réalisation d'un projet soumis à son autorisation conduit nécessairement à l'exploitation abusive d'une position dominante et, dans l'affirmative, de refuser d'accorder l'autorisation demandée ». Cet arrêt va plus loin que le précédent et tire la conséquence explicite du principe posé en précisant que, dès lors qu'existerait une situation d'abus automatique, la commission doit refuser d'accorder l'autorisation demandée²².

L'arrêt *Commune de Nanterre* pose par ailleurs un principe dépassant le droit de l'urbanisme et marque une nouvelle avancée du droit de la concurrence dans le droit public en disposant que les règles de concurrence doivent être appliquées tant par les commissions d'équipement commercial que par « toute autorité administrative détenant des pouvoirs dont l'exercice est susceptible d'affecter des activités de production, de distribution et de services »²³. Le respect du principe de la concurrence n'est donc pas au seul Conseil de la concurrence, mais incombe à tous les services de l'état et délimite l'exercice de la puissance publique.

²² Laurent Richer – Pierre-Alain Jeanneney – Nicolas Charbit, Actualités du droit de la concurrence et de la régulation, AJDA 2004. 1508

²³ Laurent Richer – Pierre-Alain Jeanneney – Nicolas Charbit, Actualités du droit de la concurrence et de la régulation, AJDA 2004. 1508

La libre concurrence englobe aujourd'hui la liberté du commerce et de l'industrie sous l'influence du droit européen et de la jurisprudence de la Cour de justice (CE 8 novembre 1996, Fédération française de sociétés d'assurance et autres, D. 1997, Jur. p. 281, note F.-H. Briard ; AJDA 1997, p. 142, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot). Ainsi que l'écrit avec force le professeur Caillosse : « On est entré dans une période où les modes de jugement deviennent raisonnement économique, alors même que l'administration qu'il s'agit de contrôler ne s'effectue pas en forme d'entreprise, mais en forme d'action juridique. L'office du juge ne peut que s'en trouver transformé. Il lui faut s'approprier des procédures intellectuelles qui n'appartiennent pas d'emblée à son univers mental (J. Caillosse, *Le droit administratif contre la performance publique ?* AJDA 1999, p. 195).

L'Administration, en jouant un rôle de garant contre les détournements de la concurrence est obligée de ne pas conclure un contrat avec une entreprise si cette décision pourrait mettre l'entreprise en situation de commettre automatiquement une pratique anticoncurrentielle au sens des dispositions françaises et communautaires²⁴ ou si elle constate des ententes entre les soumissionnaires et de telles décisions sont contrôlées par le juge administratif.

Le respect du principe de la libre concurrence semble faire partie du bloc de légalité dans la procédure de conclusion des contrats administratifs et émane de l'obligation de préserver l'effet utile du droit européen.

La jurisprudence grecque, comme la jurisprudence française, a hésité au début de reconnaître la possibilité de soumettre les actes de puissance publique à l'obligation de préserver l'effet utile des dispositions de la loi grecque n° 703/1977 (sur le contrôle des monopoles et des oligopoles et la protection de la concurrence libre) en matière de la procédure d'attribution des contrats administratifs²⁵. En effet, le juge administratif grec limitait son contrôle à l'examen de la conformité avec la liberté économique et l'égalité des conditions de concurrence²⁶. Un raisonnement économique lui n'était pas connu, comme il se passait aussi avec son homologue français.

Après, le Conseil d'État grec, avec une série d'arrêts²⁷ a admis la recevabilité des moyens invoquant une violation des articles 101 et 102 TFUE.

Malgré la réticence du juge administratif de reconnaître un principe de respect de la libre concurrence dans tous les aspects de l'activité des pouvoirs publics²⁸(la jurisprudence

²⁴ V. *Christine Bréchon-Moulènes*, La place du juge administratif dans le contentieux économique public, AJDA 2000. 679

²⁵ p.ex. dans l'arrêt CAA d'Athènes 2770/1997, n'a pas été admis l'application des dispositions de la loi n° 703/77 dans l'activité de l'Université d'Athènes en tant que pouvoir adjudicateur, suite au raisonnement selon lequel l'Université ne limite pas la concurrence ni participe au marché, car elle n'exerce pas une activité économique d'une façon stable et durable, mais que d'une façon temporaire, par la conclusion d'un contrat administratif.

²⁶ *Yannakopoulos C.*, La protection du droit de la concurrence dans l'exécution des contrats administratifs, A.N Sakkoulas, 2006, p.563

²⁷ CE grec 1093/1987, 3095/1988, 1792/1997, 3035/1999, 3525/2001, 1405/2002, 4535/2012, 1973/2013, 674/2014, 50/2014 (Commission de sursis), 76/2014 (Commission de sursis),

française étant bien en avant de ce point de vue), le droit des contrats administratifs est considéré comme un secteur où ce principe est en pleine évolution. Le Conseil d'Etat grec délimite la marge de manœuvre des pouvoirs adjudicateurs sur la base de la protection d'une concurrence saine, à laquelle vise les règles spécifiques.

La Cour des comptes aussi énonce dans sa jurisprudence les principes fondamentaux de la protection de la libre concurrence dans les marchés publics, sur la base desquels le pouvoir adjudicateur doit se conformer à trois procédures concurrentielles : (1) Le pouvoir adjudicateur définit le cadre de la concurrence pour les contractants privés potentiels. (2) Le pouvoir adjudicateur doit maintenir la procédure d'appel d'offres exempte de pratiques anticoncurrentielles et (3) le pouvoir adjudicateur doit choisir la meilleure offre en validant la procédure d'appel d'offres mise en concurrence de manière saine, libre et loyale.

De sa jurisprudence, on peut relever comme irrégularités substantielles affectant le développement d'une concurrence saine :

- 1) Un manquement de l'appel d'offres de prévoir la possibilité de participation à l'appel d'offres des entités non juridiques (personnes physiques, groupes d'entreprises), sans l'existence d'une raison impérieuse particulière d'intérêt général justifiant une restriction de telle intensité²⁹.
- 2) Un terme de l'appel d'offres selon lequel aux groupes d'entreprises qui se portent candidats chaque membre doit participer avec au moins un pourcentage de 25% (comme allant à l'encontre des principes de l'égalité de traitement des soumissionnaires, de la concurrence loyale et de la libre prestation des services, en imposant à la phase de passation des marchés un délai supplémentaire pour les groupes d'entreprises, une restriction de leur composition, sans que cela soit nécessaire ni approprié pour assurer l'aptitude technique du candidat et sans, en tout état de cause, être justifié par des motifs valables et sans être compatible avec le principe de proportionnalité)³⁰.
- 3) Un terme de l'appel d'offres obligeant l'adjudicateur fournissant les services de nettoyage à employer un personnel dont plus de 70% sera originaire d'une région donnée³¹³².

Les termes susmentionnés faussent la concurrence car ils excluent de manière injustifiée des opérateurs sains de l'activité économique et les désavantagent inutilement.

²⁸ V. en revanche des décisions particulières qui témoignent d'un changement, comme l'arrêt CE grec 1387/2005, où le juge administratif examine si les actes unilatéraux de l'Administration au secteur du cabotage grec sont conformes au devoir de respect de la libre concurrence.

²⁹ Cour de comptes, 1985/2012 (Chambre VI)

³⁰ Cour de comptes, Acte 45/2013 (Section VII')

³¹ Cour de comptes, 3697/2012, Composition de sept membres

³² V. pour une présentation systématique de la jurisprudence de la Cour de Comptes : Ligomenou A., Certains aspects de la jurisprudence de la Cour de comptes sur la libre concurrence dans les marchés publics, *Théorie et Pratique du droit administrative*, 3/2015, p.193

B. La protection indirecte de la concurrence

1. L'articulation entre le droit des contrats administratifs et le droit de la concurrence

Le droit des contrats administratifs est dans sa plus grande partie déterminé par les directives de l'Union européenne, qui contiennent des règles de passation des contrats. Ce système des directives est évolué autour de la création d'un marché commun (art.3 par. 3 al. 1 TUE, art. 26 TFUE) et du principe de la libre circulation (art. 3 par.2 TUE), sous ses aspects spéciaux de la libre circulation des biens (art. 28 TFUE), des travailleurs (art. 45 et suiv. TFUE), des personnes (art.20 par.2 al.1 TFUE, art.21 TFUE), des capitaux et des services (art. 56 et suiv. TFUE)³³. L'objectif est la mise des marchés publics à la concurrence, qui permettra aux entreprises venant des autres États-membres de participer aux concours pour la passation des contrats administratifs. Dans ce sens il y a une coïncidence entre le droit des contrats administratifs et le droit de la concurrence, parce que le droit de la concurrence de l'Union œuvre également pour la réalisation de l'objectif fondamental du traité de Rome : créer un marché commun. À la différence des États-Unis, il n'a pas pour seul objectif de prévenir et de sanctionner les captations opérées par le pouvoir de marché. Les règles de concurrence sont instrumentalisées pour servir l'intégration des marchés nationaux dans un espace économique sans frontière intérieure. Cet axe de la politique de la concurrence, dégagé par la Commission, a été conforté par la Cour de justice (CJCE, 13 juill. 1966, aff. 56/64 et 58/64, Consten et Grundig : Rec. CJCE 1966, p. 429, CJCE, 6 oct. 2009, GlaxoSmithKline).

Il convient aussi de noter que la concurrence libre et non faussée est le point de jonction des deux droits. Il découle d'une jurisprudence constante que l'objectif des directives 2004/18 et 2004/17 et des directives antérieures est la promotion de la concurrence réelle, libre et efficace dans tous les états-membres³⁴. Il résulte du deuxième et du dixième considérant du préambule de la directive 93/37/CEE que la coordination des législations mise en œuvre avec ses dispositions visait à réaliser la liberté d'établissement et la libre prestation des services en ce qui concerne les marchés publics, tout en développant, au niveau communautaire, une concurrence réelle dans ce domaine, en favorisant la manifestation d'intérêt le plus large possible des contractants venant des pays des États membres.

Il semble que la nouvelle directive 2014/24/UE change un peu la hiérarchisation. Selon le premier considérant du préambule de la directive, la passation de marchés publics par les autorités des États membres ou en leur nom doit être conforme aux principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, notamment la libre circulation des marchandises, la

³³ CJUE, 19.5.2009, aff. C-538/07, Assitur Srl, Recueil de la jurisprudence 2009, p. I-04219, points 25,26: « Il y a lieu de rappeler, à cet égard, que les règles communautaires en matière de passation des marchés publics ont été adoptées dans le cadre de la réalisation du marché intérieur, dans lequel la libre circulation est assurée et les restrictions de la concurrence sont éliminées (voir, en ce sens, arrêt du 21 février 2008, Commission/Italie, C- 412/04, Rec. p. I- 619, point 2).

Dans ce contexte d'un marché intérieur unique et de concurrence effective, il est de l'intérêt du droit communautaire que soit assurée la participation le plus large possible de soumissionnaires à un appel d'offres ».

³⁴ CJCE, 14.2.2008, aff. C-450/06, Varec, Recueil de la jurisprudence 2008, p. I-00581, point 34 : « L'objectif principal des règles communautaires en matière de marchés publics comprend l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les États membres (voir, en ce sens, arrêt du 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, point 44) ».

liberté d'établissement et la libre prestation de services, ainsi qu'aux principes qui en découlent comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence (la libre concurrence n'étant pas mentionnée).

L'alinéa b du premier considérant du préambule de la directive 2014/24/UE prévoit que « Toutefois, en ce qui concerne les marchés publics dépassant un certain montant, des dispositions devraient être élaborées pour coordonner les procédures nationales de passation de marchés afin de garantir que ces principes soient respectés en pratique et que la passation des marchés publics soit ouverte à la concurrence ». L'utilisation du mot « toutefois » pourrait témoigner d'un rôle secondaire de l'objectif d'une concurrence libre.

Puis dans l'article 18 de la même directive, les principes généraux de la passation de marchés se systématisent et avec cette disposition concrète les pouvoirs adjudicateurs sont liés par ces principes d'une façon plus stricte dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire.

Mais, de nouveau, d'autres principes, notamment les principes d'égalité de non-discrimination, de transparence et de proportionnalité sont mis en avant. D'un point de vue technique, le fait de cette mise en avant des autres principes des contrats administratifs qui sont mentionnées à l'alinéa premier de la même paragraphe par rapport à la concurrence, qui est mentionnée au deuxième alinéa et parallèlement le fait que pour la protection de la concurrence une expression négative est adoptée (limitation artificielle de la concurrence), alors que pour les autres principes une expression positive est adoptée, amène à la conclusion que le législateur européen a procédé à une hiérarchisation des principes généraux des contrats administratifs. Dans le cadre de cette hiérarchisation, la concurrence n'a plus une position principale, mais une position secondaire³⁵.

Malgré cette évolution récente, la protection de la concurrence demeure un objectif des directives sur les contrats publics. Les principes de la libre circulation et de la concurrence non-fauscée, les points de jonction de ceux deux domaines de droit, sont les principes structurels du marché commun, mais aussi d'un point de vue subjectif, les formes fondamentales de la liberté économique dont jouissent les particuliers dans l'ordre public européen face au pouvoir public. Ils mettent en valeur le caractère économique de deux secteurs de droit comme un attribut qu'ils ont en commun.

Le point différent des deux types de droit se trouve dans l'approche qu'ils introduisent du point de vue de la mise d'un marché public à la concurrence. Le droit des contrats administratifs fonctionne ex ante, en visant exactement à cette mise en concurrence, à une codification de la procédure, qui permettra l'existence d'un degré suffisant de la concurrence et d'une concurrence règlementée³⁶. Au contraire, le droit de la concurrence fonctionne ex post et contrôle les secteurs qui sont déjà mis en concurrence³⁷.

³⁵ *Moukiou Chryssoula*, *Transparence, intégrité et loyauté aux contrats administratifs, l'assimilation progressive du soft law international au niveau des marchés publics*, Bibliothèque Juridique, 2018

³⁶ Conseil d'Etat français, 12.10.1984, Syndicat des agents généraux des Hautes-Pyrénées

³⁷ Voir *Yannakopoulos*, *La protection du droit de la concurrence dans l'exécution des contrats administratifs*, A.N Sakkoulas, 2006 p. 329

Mais cette codification et réglementation visées par le droit des contrats publics n'est pas suffisante pour la protection de la concurrence. D'où la nécessité d'un principe de protection de la concurrence et d'une interprétation du droit des contrats administratifs qui est conforme à la protection de la concurrence ou qui vise à combler les lacunes. Par exemple, le CJCE a interprété à la lumière du principe de la concurrence les dispositions sur la sélection du type du concours public et a adopté la version qui protège mieux la concurrence³⁸. Les critères de la conclusion d'un contrat administratif sont interprétés sous le prisme du principe de la concurrence³⁹.

L'évolution du droit des contrats administratifs amène à l'application parallèle de ces deux systèmes, qui se confondent dans plusieurs cas.

Il résulte de la jurisprudence des cours administratifs français, comme J.-F. Brisson⁴⁰ l'a démontré que le droit des contrats administratifs, qui est fondé sur des principes substantiels et est enrichi par les notions, les catégories et les grilles d'analyse du droit de la concurrence, surpasse graduellement son caractère purement procédural et devient un vrai droit de la mise en concurrence, c'est-à-dire un secteur du droit de la concurrence⁴¹.

Autres principes aboutissant à la protection de la concurrence

Comme on a démontré, sous la nouvelle directive, l'intérêt est déplacé vers autres principes que le principe de la concurrence. Cependant, ce déplacement vers leur satisfaction en premier lieu et la protection « toutefois » de la concurrence restent contingents parce que tous ces principes se trouvent dans une relation étroite avec la concurrence.

Le principe d'égalité

L'égalité de traitement exige que des situations comparables ne soient pas traitées d'une façon différente et que des situations différentes ne soient pas traitées d'une façon égale. Dans le champ de la commande publique, le principe implique que les soumissionnaires à un marché disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres et dans l'accès à la candidature aux marchés et aux concessions⁴². L'égalité, sous la forme de l'égalité des chances entre les soumissionnaires⁴³ est souligné par la CJCE dans plusieurs décisions concernant notamment le traitement égalitaire des entreprises publiques et des

³⁸ CJCE, 7.10.2004, aff. C-247/02, Sintesi SpA, Recueil de la jurisprudence 2004, p. I-09215

³⁹ CJCE, 17.9.2002, aff. C-513/99, Concordia Bus, Recueil de la jurisprudence 2002, p. I-07213, point 81

⁴⁰ *Brisson J.-F.*, Les offres du secteur public marchand, in F. Lichère (sous la direction), *Le nouveau droit des marchés publics*, Edition L'Hermès, Lyon, 2004, p.151-152

⁴¹ CE,s, 30.4.2003, Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement, AJDA 2003, chron. 1150, TA Bastia, 6.2.2003, SARL Autocars Mariani c. Département de la Haute Corse, AJDA 2003, 738, commentaire de PALMIER.

⁴² V. *Stéphane de la Rosa*, *Droit européen de la commande publique*, Éditions Bruylant, Bruxelles, 2017

⁴³ CJCE, 13.10.2005, aff. C-458/03 Parking Brixen GmbH, Recueil de la jurisprudence 2005, p. I-08585 point.48, CJCE, 4.12.2003, aff. C-448/01 Wienstrom GmbH, Recueil de la jurisprudence 2003, p. I-14527 point 56

entreprises privées⁴⁴. Les soumissionnaires doivent en outre se trouver sur un pied d'égalité non seulement au moment où ils préparent leurs offres mais aussi au moment où celles-ci sont évaluées⁴⁵. La Cour tire plusieurs conséquences du principe de l'égalité, telles que la nécessité d'apprécier uniquement des offres conformes aux prescriptions du cahier des charges afin de garantir une comparaison effective entre les offres soumises par les différents soumissionnaires, l'impossibilité pour le pouvoir adjudicateur de retenir une offre alternative ou encore l'identification des conditions relatives au calcul des prix⁴⁶.

Dans la jurisprudence européenne l'égalité de traitement présente un lien de causalité avec le principe de la réalisation d'une concurrence non-fauscée. Il y a lieu de constater que le devoir de respecter le principe d'égalité de traitement correspond à l'essence même des directives en matière de marchés publics, qui visent notamment à favoriser le développement d'une concurrence effective dans les domaines qui relèvent de leurs champs d'application respectifs et qui énoncent des critères d'attribution du marché tendant à garantir une telle concurrence (voir, en ce sens, arrêt du 22 juin 1993, Commission/Danemark, C-243/89, Rec. p. I-3353, point 33)⁴⁷.

Le principe de transparence

Le principe de transparence est une expression du principe de la libre concurrence⁴⁸. Selon le juge européen, « cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication »⁴⁹. Le principe vise à assurer que l'appel d'offres reçoive la publicité la plus large, pour que le plus grand nombre des soumissionnaires potentiels y participe, avec une élimination des attributions directes de contrats sans mise en concurrence. Le pouvoir adjudicateur est en outre obligé de définir les critères de la passation du marché⁵⁰ ainsi que de décrire d'une façon complètement claire et

⁴⁴ CJCE, 13.12.1991, aff. C-18/88, GB Inno ATAB, Recueil de la jurisprudence 1991, p. I-05941, point 25, CJCE, 22.5.2003, aff. C-462/99, Connect Austria, Recueil de la jurisprudence 2003, p.I-05197, point 83

⁴⁵ V., en ce sens, arrêt du 18 octobre 2001, aff. C-19/00, SIAC Construction, Recueil de la jurisprudence 2001, p. I-7725, point 34, et du 4 décembre 2003, EVN et Wienstrom, C-448/01, Rec. 2003, p. I-14527, point 47

⁴⁶ V. *Stéphane de la Rosa*, Droit européen de la commande publique, Éditions Bruylant, Bruxelles, 2017

⁴⁷ CJCE, 17.9.2002, aff. C-513/99, Concordia Bus Finland: Rec. CJCE 1998, point 81

⁴⁸ *Papatheodorou I.*, Les principes jurisprudentiels qui régissent la procédure d'appel d'offres du Secteur Public, Théorie et Pratique du droit administrative, 2008, p.1171

⁴⁹ CJCE, 7.12.2000, aff. C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH c. Telekom Austria AG : Rec. CJCE 2000, p.I-10745, point.62.

⁵⁰ V. CJUE, 2.5.2019, aff. C-309/18, Lavorgna Srl, publié au Recueil digital, point 19 : « l'obligation de transparence, qui en constitue le corollaire [du principe d'égalité], a pour but de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur. Cette obligation implique que toutes les conditions et les modalités de la procédure d'attribution soient formulées de manière claire, précise et univoque dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, de façon, premièrement, à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière et, deuxièmement, à mettre le pouvoir adjudicateur en mesure de

précise dans l'appel d'offres les circonstances réelles, sous lesquelles le délégataire va fournir les services en cours d'attribution⁵¹. Les critères lient la pouvoir adjudicateur, qui ne peut pas les modifier d'aucune manière pendant la procédure de passation⁵² ni après l'attribution d'un marché à un soumissionnaire⁵³. Le principe fonctionne aussi ex post, en garantissant aux soumissionnaires un droit d'accès au dossier pour qu'un contrôle effectif de légalité de la procédure s'établisse⁵⁴. Ce dernier point pourrait également relever une relation plutôt contradictoire entre le principe de transparence et le principe de concurrence libre⁵⁵. Un certain degré d'opacité est requis, parce que l'accès des soumissionnaires aux données du contrat en cours de passation ou à des données des autres soumissionnaires peut fausser la concurrence et amener à un échange d'informations entre les concurrents et aux ententes. Pour cette raison il faut en premier lieu définir que le principe de transparence ne concerne que la relation verticale du pouvoir adjudicateur et des soumissionnaires et pas la relation horizontale des soumissionnaires entre eux et en deuxième lieu qu'il faut mettre en avant le principe de l'égalité, l'exigence de la transparence n'étant qu'un moyen pour assurer le traitement égalitaire⁵⁶ et non-discriminatoire des concurrents et enfin une concurrence libre et loyale. La transparence doit être respectée que si elle ne met pas en péril cette téléologie.

vérifier effectivement si les offres des soumissionnaires correspondent aux critères régissant le marché en cause (arrêt du 2 juin 2016, Pizzo, C- 27/15, EU:C:2016:404, point 36 et jurisprudence citée)".

⁵¹ CE grec 532/2004 (Commission de sursis)

⁵² CJCE, 4.12.2003, aff. C-448/2001, EVN Wienstrom GmbH c. Republik Österreich, Rec. 2003, p. I-14527, point 94: "Il s'ensuit que, en cas d'annulation par l'instance de recours d'une décision relative à un critère d'attribution, le pouvoir adjudicateur ne saurait valablement continuer la procédure d'adjudication en faisant abstraction de ce critère, puisque cela reviendrait à modifier les critères applicables à la procédure en question".

⁵³ CJCE, 14.10.1999, aff. jointes T-191/96 et T-106/97, CAS Succhi di Frutta SpA, Rec CJCE 1999, II-3184, point 73: "Il en résulte que la Commission était tenue de préciser clairement dans l'avis d'adjudication l'objet et les conditions de l'adjudication, et de se conformer rigoureusement aux conditions énoncées, afin que tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation de leurs offres. En particulier, la Commission ne pouvait pas modifier postérieurement les conditions de l'adjudication, et notamment celles portant sur l'offre à présenter, d'une façon non prévue par l'avis d'adjudication lui-même, sans porter atteinte au principe de transparence".

⁵⁴ V. *Marinos M.-Th.*, Droit de la concurrence, droit de la passation des marchés publics et protection du secret d'affaires, Théorie et Pratique du Droit administrative 2011, p.1

⁵⁵ V. *Yannakopoulos C.*, L'opacité requise par une concurrence efficace en droit communautaire des marchés publics, A.N. Sakkoulas, 2003, p.44 et suiv.

⁵⁶ Concernant l'articulation entre le principe d'égalité et de transparence v. CJUE, 12.11.2009, aff. C-199/07, Commission des Communautés européennes c. République hellénique, Rec. 2009 I-10669, points 37, 38 : "Il y a lieu de relever à cet égard que, conformément à la jurisprudence constante de la Cour, le principe d'égalité de traitement implique le principe de transparence. Ces principes, qui constituent la base des directives communautaires en matière de marchés publics, signifient notamment que les soumissionnaires, mêmes potentiels, doivent se trouver de manière générale sur un pied d'égalité et disposer des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs demandes de participation ou de leurs offres (voir, en ce sens, arrêts du 12 décembre 2002, Universale-Bau e.a., C- 470/99, Rec. p. I- 11617, point 93, et du 16 décembre 2008, Michaniki, C- 213/07, non encore publié au Recueil, points 44 et 45 ainsi que jurisprudence citée).

En particulier, les intéressés potentiels doivent se trouver en situation d'égalité quant à la portée des informations contenues dans un avis de marché. Il ne serait pas conforme à ces principes qu'une catégorie de ces intéressés doive s'adresser à l'entité adjudicatrice concernée afin d'obtenir des éclaircissements et

Le principe de proportionnalité

Le principe de proportionnalité exige que les actes des institutions européennes ou étatiques ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché⁵⁷. Dans la sélection des mesures qui garantissent la réalisation de cet objectif, l'État-membre doit choisir les mesures qui empêchent le moins l'exercice des libertés garanties par le droit de l'Union Européenne. Le principe de proportionnalité apparaît comme un principe qui vise à assouplir l'approche stricte qu'implique l'exigence des formalités en droit des contrats administratifs ainsi que les principes d'égalité et de transparence⁵⁸, notamment en ce qui concerne les motifs d'exclusion des soumissionnaires. La possibilité reconnue aux États d'introduire des cas additionnels d'exclusion, autres que ceux prévus par le droit dérivé doit être conforme au principe de proportionnalité⁵⁹. En ce sens des manquements non-substantiels d'une offre ne peuvent pas justifier l'exclusion d'un candidat si l'objectif de prévision de la condition correspondante n'est pas remise en cause et si l'exclusion va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de la loi. La Cour de justice n'hésite pas à mobiliser le principe de proportionnalité pour contrôler « le degré de détail des spécifications techniques d'un marché public » au-delà de ce qui est expressément prévu par les dispositions de la directive 2014/24/UE (CJUE 25 oct. 2018, aff. C-413/17, Roche Lietuva UAB). Elle rappelle aussi régulièrement que les mesures prises par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices pour assurer le respect des principes

des informations supplémentaires sur le sens réel du contenu d'un avis de marché, dès lors que la formulation de ce dernier ne laisse aucun doute à l'égard d'un intéressé raisonnablement avisé et diligent”.

⁵⁷ CJUE, 2.5.2019, aff. C-309/18, Lavorgna Srl, publié au Recueil digital, point 24: “conformément au principe de proportionnalité, qui constitue un principe général du droit de l'Union, une réglementation nationale concernant les procédures de marché public ayant pour objectif de garantir l'égalité de traitement des soumissionnaires ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé (voir, en ce sens, arrêt du 8 février 2018, Lloyd's of London, C- 144/17, EU:C:2018:78, point 32 et jurisprudence citée)”.

⁵⁸ V. en ce sens CJUE, 2.5.2019, aff. C-309/18, Lavorgna Srl, publié au Recueil digital, point 32: “Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la question préjudicielle que les principes de sécurité juridique, d'égalité de traitement et de transparence, tels que visés dans la directive 2014/24, doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, selon laquelle le défaut d'indication séparée des coûts de main-d'œuvre, dans une offre économique présentée dans une procédure d'adjudication de marché public, entraîne l'exclusion de cette offre sans possibilité d'assistance à l'établissement du dossier, y compris dans le cas où l'obligation d'indiquer ces coûts séparément n'était pas spécifiée dans la documentation de l'appel d'offres, dans la mesure où cette condition et cette possibilité d'exclusion sont clairement prévues par la réglementation nationale relative aux procédures de marchés publics à laquelle un renvoi explicite y était effectué. Toutefois, si les dispositions de l'appel d'offres ne permettent pas aux soumissionnaires d'indiquer ces coûts dans leurs offres économiques, les principes de transparence et de proportionnalité doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas au fait de permettre aux soumissionnaires de régulariser leur situation et de satisfaire aux obligations prévues par la réglementation nationale en la matière dans un délai fixé par le pouvoir adjudicateur”.

⁵⁹ V. CJCE, 16.12.2008, aff. C-213/07, Michaniki AE, Rec. 2008 I-09999, point 49: ” Toutefois, cette directive ne fait pas obstacle à ce qu'un État membre prévoie d'autres mesures d'exclusion visant à garantir le respect des principes d'égalité de traitement des soumissionnaires et de transparence, pourvu que de telles mesures n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif”.

d'égalité de traitement et de transparence doivent respecter le principe de proportionnalité, principe général du droit de l'Union européenne (CJUE 8 févr. 2018, aff. C-144/17)⁶⁰.

Section 2-Le droit à une protection juridictionnelle

Dans cette section, on touche le sujet du droit à une protection juridictionnelle en passant par les disposition des articles 6 et 13 de la CEDH et de l'article 47 de la Charte (A.1), ainsi que par les articles respectifs du droit grec et français (A.2). Après (Partie B), on examine les directives dites "recours" (B.1) et quelques cas problématiques concernant leur transposition en droit interne (B.2).

A. Les dispositions des textes législatifs

1. Droit et jurisprudence de l'Union européenne

Le droit d'accès au juge et le droit à un process équitable étaient conçus comme principes généraux du droit de l'Union, initialement fondés sur les principes constitutionnels communs des États-membres et sur les articles 6 et 13 de la CEDH.

Dans l'affaire Unibet (C-432/05, 13.3.2007, point 37), la CJCE a consacré le principe de protection juridictionnelle effective en affirmant qu' : "en vertu d'une jurisprudence constante, le principe de protection juridictionnelle effective constitue un principe général du droit communautaire, qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres, qui a été consacré par les articles 6 et 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (arrêts du 15 mai 1986, Johnston, 222/84, Rec. p. 1651, points 18 et 19; du 15 octobre 1987, Heylens e.a., 222/86, Rec. p. 4097, point 14; du 27 novembre 2001, Commission/Autriche, C-424/99, Rec. p. I-9285, point 45; du 25 juillet 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Conseil, 050/00 P, Rec. p. I-6677, point 39, et du 19 juin 2003, Eribrand, C-467/01, Rec. p. I-6471, point 61) et qui a également été réaffirmé à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée le 7 décembre 2000 à Nice (JO C 364, p. 1).

Aujourd'hui ce principe est consacré à l'article 47 de la Charte de Droits Fondamentaux de l'Union Européenne, qui est partie du droit primaire et à l'article 19 par. 1 TUE, mais ils dérivent aussi du principe de l'État de droit (art. 2 et 7 TUE).

L'article 47 de la Charte prévoit que : "Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour

⁶⁰*Mathias Amilhat*, Le code, les principes fondamentaux et la notion de commande publique — AJDA 2019. 793

assurer l'effectivité de l'accès à la justice"⁶¹. D'une façon synthétique, le droit décrit par cet article contient le droit à un processus équitable, publique, dans un délai raisonnable, par un tribunal établi par la loi, indépendant et impartial, avec l'assistance d'un avocat et une obligation de l'Etat d'assurer ce droit même à ceux qui ne disposent pas des ressources suffisantes.

La disposition de l'article 19 par.1 al. 2 TUE contribue aussi à la garantie du droit à une protection juridictionnelle effective et souligne aussi le rôle du juge interne en stipulant que : "Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union". Cette consécration montre véritablement l'importance que l'Union Européenne accorde à la protection juridictionnelle effective.

L'obligation des États-membres désignée par l'article 19 par.1 al. 2 TUE ainsi que son articulation avec le principe de l'État de droit a analysé la Cour de justice dans son arrêt récent de 27.02.2018, C-64/16, Associação Sindical dos Juizes Portugueses. Elle a statué (points 31-37) que : " L'Union est une Union de droit dans laquelle les justiciables ont le droit de contester en justice la légalité de toute décision ou de tout autre acte national relatif à l'application à leur égard d'un acte de l'Union (voir, en ce sens, arrêt du 3 octobre 2013, Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement et Conseil, C- 583/11 P, EU :C :2013 :625, points 91 et 94 ainsi que jurisprudence citée).

L'article 19 TUE, qui concrétise la valeur de l'État de droit affirmée à l'article 2 TUE, confie la charge d'assurer le contrôle juridictionnel dans l'ordre juridique de l'Union non seulement à la Cour, mais également aux juridictions nationales [voir, en ce sens, avis 1/09 (Accord sur la création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets), du 8 mars 2011, EU:C:2011:123, point 66 ; arrêts du 3 octobre 2013, Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement et Conseil, C- 583/11 P, EU:C:2013:625, point 90, ainsi que du 28 avril 2015, T & L Sugars et Sidul Açúcares/Commission, C- 456/13 P, EU:C:2015:284, point 45].

Ces juridictions remplissent ainsi, en collaboration avec la Cour, une fonction qui leur est attribuée en commun, en vue d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités [voir, en ce sens, avis 1/09 (Accord sur la création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets), du 8 mars 2011, EU:C:2011:123, point 69, ainsi que arrêt du 3 octobre 2013, Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement et Conseil, C- 583/11 P, EU:C:2013:625, point 99].

Il incombe donc aux États membres, notamment, en vertu du principe de coopération loyale, énoncé à l'article 4, paragraphe 3, premier alinéa, TUE, d'assurer, sur leur territoire, l'application et le respect du droit de l'Union [voir, en ce sens, avis 1/09 (Accord sur la

⁶¹ Selon le premier paragraphe de l'article 51 de la Charte," les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les traités", la transposition d'une directive étant considérée comme mise en œuvre droit de l'Union.

création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets), du 8 mars 2011, EU :C :2011 :123, point 68]. À ce titre, et ainsi que le prévoit l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE, les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer aux justiciables le respect de leur droit à une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union. Ainsi, il appartient aux États membres de prévoir un système de voies de recours et de procédures assurant un contrôle juridictionnel effectif dans lesdits domaines (voir, en ce sens, arrêt du 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement et Conseil*, C- 583/11 P, EU :C :2013 :625, points 100 et 101 ainsi que jurisprudence citée).

Le principe de protection juridictionnelle effective des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union, auquel se réfère l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE, constitue, en effet, un principe général du droit de l'Union qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres, qui a été consacré par les articles 6 et 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et qui est à présent affirmé à l'article 47 de la Charte (voir, en ce sens, arrêts du 13 mars 2007, *Unibet*, C- 432/05, EU:C:2007:163, point 37, et du 22 décembre 2010, *DEB*, C- 279/09, EU:C:2010:811, points 29 à 33).

L'existence même d'un contrôle juridictionnel effectif destiné à assurer le respect du droit de l'Union est inhérente à un État de droit (voir, en ce sens, arrêt du 28 mars 2017, *Rosneft*, C- 72/15, EU :C :2017 :236, point 73 et jurisprudence citée).

Il s'ensuit que tout État membre doit assurer que les instances relevant, en tant que « juridiction », au sens défini par le droit de l'Union, de son système de voies de recours dans les domaines couverts par le droit de l'Union satisfont aux exigences d'une protection juridictionnelle effective”.

Un autre aspect du droit à une protection juridictionnelle effective qu'il faut noter est le droit à une protection juridictionnelle provisoire.

La Cour de justice a statué (CJCE, 19.6.1990, aff.c-213/89, *Factortame*, points 21,22): “Il y a lieu d'ajouter que la pleine efficacité du droit communautaire se trouverait tout aussi diminuée si une règle du droit national pouvait empêcher le juge saisi d'un litige régi par le droit communautaire d'accorder les mesures provisoires en vue de garantir la pleine efficacité de la décision juridictionnelle à intervenir sur l'existence des droits invoqués sur la base du droit communautaire. Il en résulte que le juge qui, dans ces circonstances, accorderait des mesures provisoires s'il ne se heurtait pas à une règle de droit national est obligé d'écarter l'application de cette règle. 22 Cette interprétation est corroborée par le système instauré par l'article 177 du traité CEE, dont l'effet utile serait amoindri si la juridiction nationale qui sursoit à statuer jusqu'à ce que la Cour réponde à sa question préjudicielle ne pouvait pas accorder des mesures provisoires jusqu'au prononcé de sa décision prise à la suite de la réponse de la Cour”.

Il convient de noter que dans cet arrêt la Cour de justice lie la protection juridictionnelle provisoire avec la pleine efficacité du droit de l'Union et pas avec le droit même à une protection juridictionnelle effective.

2. Consécration en droit interne

En Grèce le droit à une protection juridictionnelle a une valeur constitutionnelle, car elle est prévue dans l'article 20 de la Constitution, qui dispose que : « Toute personne a droit à une protection juridictionnelle de la part des tribunaux et peut développer devant eux ses droits ou intérêts, comme prévu par la loi » (par.1). La doctrine et la jurisprudence admettent que la protection juridictionnelle décrite dans cet article est une protection complète (il n'y a aucun cas qui ne peut pas faire l'objet d'un litige) et effective (apporté d'une façon et dans un temps qui peut garantir l'efficacité de l'administration de la justice⁶²).

En France le Conseil Constitutionnel a tardivement dégagé un droit autonome au procès équitable d'une façon prétorienne par les droits et les libertés processuels, parce que le droit au procès équitable en tant que tel ne résulte d'aucun des textes dont le Conseil constitutionnel assure la garantie. Son contenu est aujourd'hui difficile à appréhender, faute d'avoir été érigé en un principe cadre, dont découlent des libertés qui historiquement lui préexistent⁶³.

Le droit au recours a été ainsi consacré comme « une garantie essentielle des droits de la défense »⁶⁴ qui a vocation à assurer le plein exercice des « libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République »⁶⁵ et à être effectif⁶⁶. En 2005 le Conseil Constitutionnel a consacré un principe autonome du « procès équitable garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »⁶⁷.

L'évolution jurisprudentielle en matière de procès équitable du Conseil constitutionnel a donc été l'inverse de celle de la Cour européenne des droits de l'homme. La juridiction de Strasbourg, partant d'une notion prédéterminée, en a déduit un certain nombre de garanties particulières, quand le Conseil constitutionnel a dû étendre les différents droits dont il assurait la garantie jusqu'à consacrer un principe général et autonome de procès équitable⁶⁸.

En tant que principe général, la jurisprudence constitutionnelle semble lui conférer un statut subsidiaire : le Conseil ne s'y réfère formellement que lorsqu'aucun autre principe ou droit plus spécifique n'est invocable⁶⁹. Ainsi, dans sa décision n° 2010-10 QPC, le Conseil constitutionnel a ignoré son évocation par le requérant pour ne retenir que le seul principe

⁶² Cela comprend un contrôle restreint ainsi qu'un contrôle normal des actes administratifs, la garantie d'une aide accordée dans un délai raisonnable, le droit à une protection juridictionnelle provisoire et la garantie de l'exécution des décisions des tribunaux.

⁶³ V. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/quel-regard-sur-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel-sur-le-proces-equitable>

⁶⁴ Cons. const., déc. n° 87-224 DC du 23 janvier 1987.

⁶⁵ Cons. const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993.

⁶⁶ Cons. const., déc. n° 99-422 DC du 21 décembre 1999.

⁶⁷ Cons. const., déc. n° 2004-510 DC du 20 janvier 2005.

⁶⁸ V. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/quel-regard-sur-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel-sur-le-proces-equitable>

⁶⁹ *Damien Fallon*, « Précisions sur le droit constitutionnel au procès équitable », in *Revue française de droit constitutionnel*, n° 86, 2011/2, p. 276. lequel considère que « le droit constitutionnel au procès équitable ne joue classiquement qu'en l'absence de dispositions spéciales ».

d'indépendance afin de censurer le dispositif litigieux⁷⁰. De plus, dans ses visas, le Conseil place fréquemment le droit à un procès équitable au même rang que d'autres garanties processuelles⁷¹.

B. Quelques problèmes concernant l'application des dispositions à la protection des tiers contre les irrégularités des contrats administratifs

1. Les directives « recours » et l'autonomie procédurale des Etats-membres sous le prisme d'un recours efficace

La directive du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (89/665/CEE), qui a été modifiée par la directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, a obligé les Etats-membres de prendre en ce qui concerne les procédures de passation des marchés publics les mesures nécessaires pour assurer que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées dans ses articles, et notamment à l'article 2 paragraphe 7, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit (v. art. 1 par. 1). Ces mesures nécessaires doivent permettre : a) de prendre, dans les délais les plus brefs et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher d'autres dommages d'être causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché public en cause ou de l'exécution de toute décision prise par les pouvoirs adjudicateurs ;

b) d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales, y compris de supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause ;

c) d'accorder des dommages-intérêts aux personnes lésées par une violation (art. 2 par. 2).

La directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés

⁷⁰Cons. const., déc. n° 2010-10 QPC du 2 juillet 2010.

⁷¹ « Aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution" ; que sont garantis par cette disposition le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable, ainsi que les droits de la défense lorsqu'est en cause une sanction ayant le caractère d'une punition » (Cons. const., déc. n° 2006-540 du 27 juillet 2006, cons. 11).

publics a apporté des modifications extensives. La directive initiale a aussi été modifié par la directive 2014/24/UE et la directive 2014/23/UE.

Les directives, selon l'article 288 TFUE lient tout État-membre destinataire quant au résultat à atteindre. Mais le fondement de ces directives dites "recours" étant l'article 114 TFUE (il s'agit des directives d'harmonisation), les États-membres ne peuvent pas en déroger que sous les conditions strictes de l'article 114 TFUE. Le résultat à atteindre les lie donc d'une manière spéciale.

Cela étant, il convient de définir l'analyse qu'il faut suivre. Il ne s'agit pas ici de parler d'une autonomie procédurale de l'État qui trouve ses limites aux principes d'équivalence et d'effectivité (dérivant de la coopération loyale). En misant en avant le droit à une protection juridictionnelle effective, on examine les dispositions nationales à la lumière de l'article 52 par. 1 de la Charte⁷², en les considérant comme limitations dudit droit.

Il convient d'exposer un arrêt de la Cour de justice qui a présenté ce raisonnement concernant les directives "recours" en misant en avant le droit à un recours effectif, tout en rappelant l'objectif de respecter l'effet utile des directives. (CJUE, 15.09.2016, aff. C-439/14 et C-488/14, SC Star Storage SA, points 37-46) :

« À cet égard, il convient de rappeler que l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 89/665 et l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 92/13 imposent aux États membres l'obligation d'adopter les mesures nécessaires pour s'assurer que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs dans le cadre des procédures de passation des marchés publics relevant du champ d'application des directives 2004/17 et 2004/18 peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, au motif qu'elles ont violé le droit de l'Union en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit.

Tant l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665 que l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 92/13 prévoient, en outre, l'obligation pour les États membres de veiller à ce que les procédures de recours soient accessibles, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée, selon des modalités qu'il leur appartient de déterminer.

Ces dispositions, qui sont destinées à protéger les opérateurs économiques contre l'arbitraire du pouvoir adjudicateur, visent ainsi à s'assurer de l'existence, dans tous les États membres, de moyens de recours efficaces, afin de garantir l'application effective des règles de l'Union en matière de passation de marchés publics, en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées (voir, en ce sens, arrêts du 12 décembre 2002, *Universale-Bau e.a.*, C- 470/99, EU:C:2002:746, point 71 ; du 11 septembre 2014, *Fastweb*, C- 19/13, EU:C:2014:2194, point 34, ainsi que du 12 mars 2015, *eVigilo*, C- 538/13, EU:C:2015:166, point 50).

⁷² « Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ».

Toutefois, ni la directive 89/665 ni la directive 92/13 ne contiennent de dispositions régissant spécifiquement les conditions dans lesquelles ces voies de recours peuvent être exercées. La Cour a ainsi déjà jugé que la directive 89/665 n'établissait que les conditions minimales auxquelles doivent répondre les procédures de recours instaurées dans les ordres juridiques nationaux, afin de garantir le respect des prescriptions du droit de l'Union en matière de marchés publics (voir, notamment, arrêts du 27 février 2003, Santex, C- 327/00, EU:C:2003:109, point 47 ; du 19 juin 2003, GAT, C- 315/01, EU:C:2003:360, point 45, ainsi que du 30 septembre 2010, Strabag e.a., C- 314/09, EU:C:2010:567, point 33).

Cependant, il ressort d'une jurisprudence constante que les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits conférés par le droit de l'Union aux candidats et aux soumissionnaires lésés par des décisions des pouvoirs adjudicateurs ne sauraient porter atteinte à l'effet utile des directives 89/665 et 92/13, dont l'objectif est de garantir que les décisions illégales des pouvoirs adjudicateurs puissent faire l'objet de recours efficaces et aussi rapides que possible (voir, notamment, arrêts du 12 décembre 2002, Universale-Bau e.a., C- 470/99, EU:C:2002:746, point 72 ; du 27 février 2003, Santex, C- 327/00, EU:C:2003:109, point 51 ; du 3 mars 2005, Fabricom, C- 21/03 et C- 34/03, EU:C:2005:127, point 42 ; ordonnance du 4 octobre 2007, Consorzio Elisoccorso San Raffaele, C- 492/06, EU:C:2007:583, point 29 ; arrêts du 12 mars 2015, eVigilo, C- 538/13, EU:C:2015:166, point 40, ainsi que du 6 octobre 2015, Orizzonte Salute, C- 61/14, EU:C:2015:655, point 47).

Il doit, en particulier, être veillé à ce qu'il ne soit porté atteinte ni à l'efficacité des directives 89/665 et 92/13 (voir arrêts du 18 juin 2002, HI, C- 92/00, EU:C:2002:379, points 58 et 59, ainsi que du 11 décembre 2014, Croce Amica One Italia, C- 440/13, EU:C:2014:2435, point 40) ni aux droits conférés aux particuliers par le droit de l'Union [arrêts du 12 décembre 2002, Universale-Bau e.a., C- 470/99, EU:C:2002:746, point 72, ainsi que du 28 janvier 2010, Uniplex (UK), C- 406/08, EU:C:2010:45, point 49].

Il importe, en outre, de rappeler que, ainsi qu'il ressort de son considérant 36, la directive 2007/66, et donc les directives 89/665 ainsi que 92/13 qu'elle a modifiées et complétées, visent à assurer le plein respect du droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, conformément à l'article 47, premier et deuxième alinéa, de la Charte.

Par conséquent, lorsqu'ils définissent les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits conférés par les directives 89/665 et 92/13 aux candidats et aux soumissionnaires lésés par des décisions des pouvoirs adjudicateurs, les États membres doivent garantir le respect du droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, consacré à l'article 47 de la Charte »⁷³⁷⁴.

⁷³ V. en revanche l'arrêt de la CJUE du 5.4.2017, C-391/15, Marina del Mediterraneo SL e.a. qui suit la logique de l'autonomie procédural/principe d'équivalence, principe d'effectivité en l'absence de réglementation de l'Union fixant le moment à partir duquel la possibilité de recours doit être ouverte (points 30-32).

⁷⁴ Il convient aussi de rappeler que la Cour européenne des droits de l'Homme a récemment procédé à un revirement de la jurisprudence et a admis que les litiges relevant de la passation des marchés publics

2. Problèmes spécifiques concernant les contrats administratifs

Actes non réglementés par les directives matérielles

La Cour de Justice a admis, dans plusieurs affaires, que les actes non réglementés par les directives matérielles sont susceptibles de recours. Dans l'affaire Hospital Ingénieure⁷⁵, la question lui a été posée de savoir si la décision de retrait d'un appel d'offres devait faire l'objet d'un recours efficace et rapide au sens de la directive « recours », la directive matérielle applicable au cas d'espèce ne précisant les conditions de retrait d'un appel d'offres, que de manière sommaire. La Cour a logiquement considéré que « dès lors que la décision du pouvoir adjudicateur de retirer un appel d'offres pour un marché public de services est soumise aux règles matérielles pertinentes du droit communautaire, il y a lieu de conclure qu'elle relève également des règles prévues par la directive 89/665 afin de garantir le respect des prescriptions du droit communautaire en matière de marchés publics ». Cette solution a été confirmée, notamment dans une affaire Makedoniko Metro⁷⁶, au sujet des groupements d'entreprises. La question posée par la juridiction de renvoi était de savoir si, compte tenu du fait que la modification de ces groupements ne fait l'objet d'aucune précision par les directives matérielles, les décisions du pouvoir adjudicateur qui s'y rapportent demeurent susceptibles de recours. La Cour a logiquement répondu par l'affirmative en considérant que même si la modification d'un groupement n'est pas réglementée par les directives matérielles, les principes des traités, notamment le principe d'égalité de traitement, régissent également les procédures de passation des marchés publics. Il apparaît donc que l'absence de réglementation par les directives matérielles d'un acte pris par le pouvoir adjudicateur est indifférent à la possibilité dont disposent les entreprises lésées d'exercer un recours à son encontre. Une tendance identique est constatée à la jurisprudence de la Cour lorsqu'il est question de soumettre aux directives « recours » un acte pris par le pouvoir adjudicateur en amont et en dehors d'une procédure formelle de passation.

Décisions non susceptibles de recours selon la réglementation nationale

Spécifiquement en ce qui concerne des décisions non susceptibles de recours selon la réglementation nationale applicable, la Cour de justice a défini dans l'arrêt du 5 avril 2017, C-391/15, Marina del Mediterraneo SL e.a. (préc.), qu'une réglementation nationale qui exige, en toute hypothèse, que le soumissionnaire attende la décision d'attribution du marché en cause avant de pouvoir introduire un recours contre l'admission d'un autre soumissionnaire pourrait mettre en cause l'effet utile de la directive 89/665⁷⁷.

peuvent entrer dans le champ d'application de l'article 6 par. 1 de la CEDH (13.3.2018, MIROVNI INŠTITUT c. SLOVENIA, n° de la requête 32303/13).

⁷⁵ CJCE, 18 juillet 2002 : Hospitale Ingénieure Krankenhaus-technik - Planungs Gesellschaft GmbH, aff. C-92/00, Rec. CJCE, p. I-5553, in Contrats et Marchés Publ., septembre 2002, n° 8, comm. 196, note F. LLORENS, point 43

⁷⁶ CJCE, 23 janvier 2003 : Makedoniko Metro et autres, aff. C-57/01, Rec. CJCE, p. I-1091

⁷⁷ Point 31: “ si la directive 89/665 n'a pas formellement prévu le moment à partir duquel la possibilité de recours prévue à son article 1er, paragraphe 1, est ouverte, l'objectif de ladite directive, visé au point précédent, n'autorise pas les États membres à subordonner l'exercice du droit de recours au fait que la

L'instauration d'un délai minimal entre la décision d'attribution et la signature du contrat

La reconnaissance par la Cour de Justice de l'obligation faite aux États de garantir un recours à l'encontre de la décision d'attribution du marché a pour conséquence immédiate l'écoulement d'un délai la séparant de la signature du contrat. Même si la décision d'attribution est juridiquement attaquable, l'absence de ce délai pourrait conduire à une signature imminente. Le pouvoir adjudicateur ferait ce qu'on appelle « une course à la signature » afin d'empêcher le concurrent évincé d'exercer un référé précontractuel. Par conséquent, le requérant serait privé d'un recours rapide et efficace au même titre que la directive serait dénuée de son effet utile. Or, le déroulement de la passation du marché doit favoriser l'exercice des recours de façon à corriger au plus tôt les irrégularités entachant cette procédure. C'est pourquoi la Cour a conclu par la suite que le délai imposé entre la décision d'attribution et la signature du marché doit être raisonnable⁷⁸. La directive 89/665, comme modifiée par la directive 2007/66, prévoit dans l'article 2 bis, par.2 que la conclusion du contrat qui suit la décision d'attribution d'un marché relevant du champ d'application de la directive 2004/18/CE ne peut avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché a été envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours calendaires à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés, ou d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de réception de la décision d'attribution du marché.

La prohibition des recours préalables au fond

L'article 2, paragraphe 1, sous a), de la directive 89/665 impose aux États-membres l'obligation d'habiliter les instances de recours à prendre, dans les délais les plus brefs et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher d'autres dommages d'être causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché public en cause ou l'exécution de toute décision prise par les pouvoirs adjudicateurs⁷⁹. Dans un arrêt en manquement⁸⁰, la Cour a d'abord condamné la République hellénique en ce que sa réglementation nationale limitait la protection juridictionnelle provisoire aux seules procédures de sursis à exécution d'un acte administratif et, d'autre part, subordonnait la mesure de sursis à l'introduction d'un recours en annulation contre l'acte attaqué, selon l'article 52 du décret présidentiel n° 18/89 faute de prise, dans le délai prescrit, des mesures nécessaires à la transposition

procédure de marché public en cause a formellement atteint un stade déterminé (voir, en ce sens, arrêt du 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau, C- 26/03, EU:C:2005:5, point 38)”.

⁷⁸ CJCE, 24 juin 2004, Commission /c. Autriche, aff. C-212/02, in Contrats et Marchés Publ., août 2004, n° 8, comm. 176, note W. ZIMMER

⁷⁹ CJCE, 15 mai 2003 : Commission /c. Royaume d'Espagne, aff. C-214/00, Rec. de la jurisprudence 2003 I-4667, point 97

⁸⁰ CJCE, 19 septembre 1996 : Commission /c. Grèce, aff. C-236/95, Rec. CJCE, p. I-4459

formelle de la directive dans le domaine des marchés publics de fournitures. La Cour a constaté qu'en vertu de l'article 2 de cette directive, les États membres sont tenus, plus généralement, de doter leurs instances de recours du pouvoir de prendre, indépendamment de toute action préalable, toutes mesures provisoires, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de marché public en cause (point 11). Confirmant cette solution, elle a ensuite précisé à l'encontre de l'Espagne⁸¹ qu'une réglementation nationale ne pouvait exiger, au titre d'un recours préalable au fond, une simple lettre non motivée par laquelle le requérant fait savoir qu'il entend attaquer la décision au principal. Peu importe le degré requis de formalité : un juge efficace et rapide au sens des directives « recours » est un juge autonome et sa saisine ne peut être l'accessoire d'un recours exercé à titre principal⁸². En France, lors de la transposition de ladite directive en droit interne, le législateur a choisi de ne pas exiger des requérants l'exercice préalable d'un recours au fond pour statuer en référé.

Le strict encadrement des recours préalables gracieux

Les directives « recours » ne prohibent aucunement le procédé du recours préalable gracieux. Elles prévoient en effet que les États « peuvent exiger que la personne qui souhaite l'application d'une telle procédure [saisine d'une instance nationale] ait préalablement informé le pouvoir adjudicateur de la violation alléguée et de son intention d'introduire un recours »⁸³. Mais d'une façon plutôt rigoureuse, la Cour a estimé que « le fait de subordonner l'accès aux procédures de recours prévues par la directive 89/665 à la saisine préalable d'une commission de conclusion [...], serait contraire aux objectifs de rapidité et d'efficacité de cette directive »⁸⁴, en démontrant l'importance qu'il accorde à une interprétation sévère du droit à un recours efficace. En France, l'obligation d'exercer un recours préalable gracieux auprès de l'administration a été supprimée lors de la réforme des procédures d'urgence⁸⁵. Cependant, la prohibition exprimée par la Cour de justice ne revêt pas un caractère absolu. Il est après prévu dans la directive 89/665/CEE, comme modifiée par la directive 2007/66/CE du Conseil que « les États membres peuvent exiger que la personne concernée introduise en premier lieu un recours auprès du pouvoir adjudicateur. Dans ce cas, les États

⁸¹ CJCE, 15 mai 2003 : Commission /c. Royaume d'Espagne, aff. C-214/00, Rec. de la jurisprudence 2003 I-4667

⁸² BATOT Steeve, « Les rapports juridiques entre les droits interne et communautaire dans le contentieux des contrats de la commande publique », mémoire dans le cadre du Master 2 "droit public fondamental" 2008, Université Robert Schuman Strasbourg 3

⁸³ Directive 89/665, art. 1 § 3 in fine.

⁸⁴ CJCE, 19 juin 2003 : Fritsch, Chiari & Partner, aff. C-410/01, Rec. CJCE, p. I-6413, point 31, confirmé par CJCE, 12 février 2004: Grossmann Air Service, aff. C-230/02, Rec. CJCE, p. I-1829, point 27 : « la directive doit être intégrité en ce sens qu'elle s'oppose « à ce qu'une personne qui a participé à une procédure de passation d'un marché public soit considéré comme ayant perdu son intérêt à obtenir ce marché, au motif que, avant d'introduire une procédure de recours prévue par ladite directive, elle a omis de saisir une commission de conciliation [...] ».

⁸⁵ Décret n° 2000-1115 du 22 novembre 2000.

membres veillent à ce que l'introduction dudit recours entraîne la suspension immédiate de la possibilité de conclure le marché⁸⁶.

Subordination de la recevabilité de tout recours contre un acte du pouvoir adjudicateur à l'obligation pour le requérant de constituer la garantie de bonne conduite

Dans l'affaire *Star Storage*⁸⁷, la Cour a estimé que l'article 1er, paragraphes 1 à 3, de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, telle que modifiée par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007, et l'article 1er, paragraphes 1 à 3, de la directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, telle que modifiée par la directive 2007/66, lus à la lumière de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation nationale, telle celle en cause dans les affaires au principal, qui subordonne la recevabilité de tout recours contre un acte du pouvoir adjudicateur à l'obligation pour le requérant de constituer la garantie de bonne conduite qu'elle prévoit au profit du pouvoir adjudicateur, dès lors que cette garantie doit être restituée au requérant quelle que soit l'issue du recours.

Modifications apportées à un marché en cours d'exécution

Selon le considérant 107 de la directive 2014/24/UE, il y a lieu d'engager une nouvelle procédure de passation de marché lorsque des modifications substantielles sont apportées au marché initial, notamment en ce qui concerne l'étendue et le contenu des droits et obligations réciproques des parties, y compris l'attribution de droits de propriété intellectuelle. Une demande de décision préjudicielle très intéressante est parvenue au greffe de la Cour⁸⁸, où la juridiction de renvoi demande si les articles 41, paragraphe 1, et 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les dispositions des considérants 10, 29, 107, 109 et 111 et des articles 1, paragraphe 2, et 72 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE font obstacle à une règle ou disposition nationale ou à une pratique d'interprétation et d'application de cette règle ou disposition nationale en vertu de laquelle une violation du droit du fait qu'une procédure de passation d'un marché public a été irrégulièrement écartée au moyen d'une violation supposée des règles relatives à la modification des contrats ainsi que du fait du non respect des dispositions relatives à la modification des contrats est imputée non seulement au pouvoir adjudicateur mais également au soumissionnaire qui a contracté avec lui, compte tenu de la relation

⁸⁶ Directives 89/665 et 92/13 modifiées, art. 1 § 5

⁸⁷ CJUE, 15.09.2016, aff. C-439/14 et C-488/14, SC Star Storage SA, ECLI:EU:C:2016:688

⁸⁸ CJUE, demande de décision préjudicielle présentée par le Fővárosi Törvényszék (Hongrie) le 28 mars 2019, T-Systems Magyarország Zrt. e.a. / Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság e.a. aff. C-263/19

d'obligation qui a vu le jour entre les parties contractantes, sur la base du fait qu'en vue de la modification irrégulière des contrats, un comportement conjoint des parties était nécessaire et si par ailleurs une sanction (amende) peut également, être infligée au soumissionnaire.

Chapitre II : Les tiers devant le juge

Ce chapitre est consacré au traitement des recours concrets dont disposent les tiers en droit grec et français (Section 1) ainsi que des résultats de l'exercice de ces recours (Section 2).

Section 1-Accès au juge

Dans cette section, on voit dans un premier temps (Partie A) d'une façon comparative les systèmes grec et français de protection provisoire (A.1) et définitive (A.2) ouverts aux tiers. Dans un deuxième temps (Partie B), on examine les nouvelles tendances de la jurisprudence européenne (B.1) et interne (B.2) concernant l'intérêt à agir et on essaie de démontrer une tendance du juge de restreindre par ce moyen l'accès au prétoire.

A. Les recours

1. *La protection provisoire*

a. Le système grec- la particularité d'exercice d'un recours préalable devant une autorité indépendante

Avant de décrire le recours ouvert devant les tribunaux grecs en matière de protection provisoire, il convient d'exposer une particularité du système grec, notamment la condition d'exercice d'un recours préalable devant une autorité indépendante.

En faisant usage de la possibilité prévue dans l'article 2 par. 2 de la directive 2007/66/CE⁸⁹, le législateur grec a délégué une partie essentielle de la garantie des concurrents évincés à l'Autorité d'examen des recours préalables, qui est généralement considérée comme une autorité administrative indépendante, car elle jouisse d'indépendance fonctionnelle, d'autonomie administrative et financière et elle n'est pas soumise au contrôle ou à la surveillance des organes gouvernementaux ou d'autres autorités administratives. Elle n'est soumise qu'au contrôle de la part du Parlement⁹⁰.

L'Autorité est composée de trente et un membres, dont un (1) est le président. En cas d'empêchement, le président désigne par acte l'un des membres de l'Autorité comme suppléant. Le président a la qualité d'officier de justice à la retraite du Conseil d'État ou de la Cour des comptes ou des cours d'appel administratives du rang de président ou supérieur, ou de fonctionnaire du conseil juridique de l'État à la retraite, ayant l'expérience du droit des marchés publics. Sont élus membres des avocats avec une expérience d'au moins 5 ans au secteur des marchés publics.

⁸⁹ « Les pouvoirs visés au paragraphe 1 et aux articles 2 quinquies et 2 sexies peuvent être conférés à des instances distinctes responsables d'aspects différents des procédures de recours ».

⁹⁰ V. l'arrêt CJUE, 18.9.2014, aff. C-549/13, Bundesdruckerei GmbH, où la Cour a jugé pour les organismes respectifs allemands (Vergabekammern), qu'ils constituent une juridiction au sens de l'article 267 TFUE (points 20-23).

Devant cette Autorité peuvent être exercés deux types de recours préalables, un contre les actes préalables à la signature⁹¹ et un aux fins de déclaration de la nullité du contrat.

L'exercice d'un recours préalable contre les actes administratifs ou les omissions des pouvoirs adjudicateurs au stade préalable à la conclusion du contrat est une condition de recevabilité de la demande de sursis ou du recours en excès de pouvoir devant la cour compétente.

Le requérant doit engager le recours dans un délai qui varie selon le mode de notification de l'acte (p.ex. 10 jours si la notification à l'intéressé a été faite par voie électronique mais 15 jours si la notification a été faite par autres moyens). Le dépassement de ce délai rend le recours irrecevable.

Le recours est exercé exclusivement par voie électronique et l'autorité adjudicateur peut intervenir pour soutenir la validité de l'acte contesté.

Le délai désigné pour l'exercice de ce recours et l'exercice même du recours ont un effet suspensif automatique en ce qui concerne la signature du contrat, mais pas en ce qui concerne l'évolution de la procédure de passation. Le non-respect de cet effet suspensif par le pouvoir adjudicateur résulte à la nullité du contrat, qui est déclarée par l'Autorité après l'exercice d'un recours (v. art. 368 de la loi n° 4412/2016).

L'Autorité peut ordonner des mesures provisoires (art. 366 de la loi no 4412/2016) sous la forme de suspension de l'exécution des actes contestés ou sous la forme d'autres mesures adéquates, par exemple pour empêcher un préjudice des parties concernées ou pour corriger la violation alléguée.

L'Autorité n'examine pas seulement la légalité externe de l'acte contesté mais elle juge aussi au fond et examine l'appréciation des faits par le pouvoir adjudicateur et les pouvoirs adjudicateurs sont liés de respecter les décisions de l'Autorité (art. 367, par. 3).

Un recours devant l'Autorité pour la déclaration de la nullité du contrat peut être exercé en cas de manquement aux obligations de publicité et en cas de non-respect de l'effet suspensif de l'article 364 (aussi dans les cas des accords-cadres et des systèmes d'acquisition dynamiques lorsque les obligations découlant des alinéas a) et b) du paragraphe 2, du sous-paragraphe a) du paragraphe 4 et des paragraphes 5 et 6 de l'article 33 et du paragraphe 5 de l'article 39, l'un des tirets (a) et (b) du paragraphe 2, le tiret (a) du paragraphe 4, les tirets 5 et 6 de l'article 270 ont été violées), sans préjudice des raisons d'intérêt général.

Protection provisoire juridictionnelle

Selon les dispositions de la loi n° 4412/2016 (art. 346 par.2 et article 372 par. 1) concernant la protection juridictionnelle des tiers, toute partie intéressée qui a subi ou est susceptible de subir un préjudice à cause d'une décision de l'Autorité d'examen de recours préalables sur le

⁹¹ Le CE a une approche stricte concernant les actes contestables. Un document par lequel a été notifié au concurrent évincé l'attribution du contrat à un soumissionnaire n'est pas contestable au stade préalable à la signature, parce qu'il appartient au stade de conclusion du contrat, qui suit la procédure préalable (V. CE grec, Commission de sursis, 155/2012, CE grec 2890/2011, 1348/2010).

recours préalable prévu à l'article 360 peut demander un sursis à l'exécution (de la décision de l'Autorité) [...] devant les tribunaux compétents conformément à l'article 372. Les dispositions du livre IV de cette loi concernent les litiges nés des contrats avec une valeur au-delà de 60.000 €. Pour les autres contrats, les dispositions spécifiques de cette loi, comme l'article 127, ainsi que les dispositions générales du décret 18/89 sont applicables.

Le point intéressant de ce régime est que la demande de sursis s'est déconnectée de l'exercice d'un recours pour excès de pouvoir (art. 372 par. 4 de la loi no 4412/2016), comme se passait avant la condamnation de la République grecque⁹², sous le régime de l'article 52 du décret présidentiel 18/89 faute de transposition de la directive 89/665. Le dépôt de la demande de sursis interrompt le délai de forclusion du recours pour excès de pouvoir. Le délai recommence après la notification de la décision de la cour sur la demande de sursis. Si la demande de sursis est acceptée, le requérant est obligé d'exercer un recours pour excès de pouvoir dans un délai de 10 jours, sinon s'arrête la suspension de l'exécution de la décision de l'Autorité.

Le pouvoir adjudicateur peut aussi faire usage de cette voie si l'Autorité a accueilli le recours préalable⁹³.

La demande de sursis doit être déposée à la cour compétente dans un délai de dix jours à compter depuis l'obtention du prononcé d'une décision sur le recours préalable et l'audience publique se passe trente (30) jours après le dépôt de la demande.

Les demandes de sursis sont jugées par le président de la cour d'appel administrative compétente ou par le juge désigné par lui. En cas d'importance particulière de l'affaire, le président ou la cour d'appel susmentionnée peut déléguer le jugement de l'affaire à une chambre de trois juges, présidée par le président de la cour d'appel et avec la participation du rapporteur en la matière. L'article 372 par. 3 prévoit des cas particuliers pour lesquels le Conseil d'État est responsable.

En ce qui concerne la demande de sursis et le recours pour excès de pouvoir, sont considérés comme contestés avec la décision de l'Autorité tous les actes ou omissions du pouvoir adjudicateur relatifs à la décision susmentionnée, à condition qu'ils aient été émis ou mis en œuvre jusqu'à l'examen de la demande de sursis ou jusqu'à la première audience. La jurisprudence a admis comme parallèlement contestés pas seulement les actes du pouvoir adjudicateur contre lesquels le requérant a exercé un recours préalable, mais aussi les actes que le pouvoir adjudicateur a délivré après l'exercice du recours, probablement pour se conformer à la décision de l'Autorité⁹⁴. Il est aussi généralement accepté que seuls les actes avec un effet négative peuvent être considérés comme parallèlement contestés.

À mon avis, cette définition des actes contestés est nécessaire pour garantir une protection effective aux concurrents évincés, parce que seul le jugement de l'Autorité, malgré les garanties d'indépendance et de sa composition des experts ne suffit pas.

⁹² CJCE, 19 septembre 1996 : Commission /c. Grèce, aff. C-236/95, Rec. CJCE, p. I-4459

⁹³ Et a annulé partiellement ou entièrement l'acte du pouvoir adjudicateur (v. CE grec, Commission de sursis, 401/2018, point 6).

⁹⁴ CE, Commission de sursis, 54/2018, point 9

En ce qui concerne le jugement au fond, l'article 372 par. 4 de ladite loi introduit une approche différente par rapport à l'article 52 (art. 1-6) du décret présidentiel no 18/89. Selon le dernier article, la Cour, statuant en délibéré, peut décider par ordonnance le sursis à l'exécution de l'acte contesté si l'exécution immédiate de l'acte provoquera au demandeur un préjudice (moral ou matériel), qui est irréparable ou difficile à réparer. Au contraire, le juge peut écarter la demande s'il estime pendant une mise en balance du préjudice du demandeur et de l'intérêt général que les effets négatifs seront plus sérieux que le bénéfice du demandeur au cas où le juge accueille la demande. En revanche, s'il estime qu'un recours pour excès de pouvoir sera manifestement recevable, il peut accueillir la demande même si le préjudice du demandeur provoqué par l'exécution immédiate d'une décision de l'Autorité n'est pas considéré comme irréparable ou difficile à réparer. Mais si la Cour estime qu'un recours pour excès de pouvoir serait manifestement irrecevable, elle peut écarter la demande même s'il y a lieu pour connaître d'un préjudice irréparable ou difficile à réparer. Selon l'art. 372 par.4 de la nouvelle loi, la demande de sursis est recevable lorsque la violation d'une règle de l'Union européenne ou d'une loi de droit interne est sérieusement probable et la suspension est nécessaire pour éliminer les effets néfastes de l'infraction ou pour prévenir un préjudice causé aux intérêts du demandeur. Toutefois, la demande peut être rejetée si, compte tenu du préjudice subi par le demandeur, des intérêts de tiers et de raisons impérieuses d'intérêt général, il est considéré que les conséquences négatives de l'acceptation seraient plus graves que les avantages pour le demandeur.

La demande de sursis empêche la signature du contrat sauf si le juge décide autrement par ordonnance⁹⁵.

Si la demande de sursis est acceptée, l'acheteur public qui a adopté la mesure dont l'exécution est suspendue par l'ordonnance peut se conformer au dispositif de la décision ou au sens général de la décision, et peut rappeler ou modifier l'acte ayant donné lieu au litige. Dans ce cas-là, en ce qui concerne le recours principal formé, le paragraphe 2 de l'article 32 du décret présidentiel no 18/89 s'applique mutatis mutandis (v. art. 372 par. 5 de la loi no 4412/16) et il n'y a pas lieu de statuer, sauf si le demandeur invoque un intérêt légitime spécifique de poursuivre la procédure. Le même raisonnement (non-lieu sauf s'il y a un intérêt légitime spécifique de poursuivre la procédure) s'applique si l'intéressé n'a pas fait une demande de sursis ou il l'a faite sans succès et le contrat a été conclu et son exécution a été entièrement terminée avant l'instance (v. art. 372 par. 6 de la loi no 4412/16).

b. Les référés en droit français

Les tiers ont surtout à leur disposition deux procédures de référés spécifiques à la matière contractuelle : le référé précontractuel (§ 1) et le référé contractuel (§ 2).

⁹⁵ Même s'il n'est pas explicitement prévu, il est considéré que le délai pour l'exercice d'une demande de sursis a aussi un effet suspensif automatique (v. *Mazos Ilias*, Protection juridictionnelle devant le Conseil d'Etat en matière des contrats administratifs, in Loi no 4412/2016, Approche jurisprudentielle et Application pratique, Bibliothèque juridique, 2019, p. 499)

§ 1. Le référé précontractuel

Le référé précontractuel a été créé par les directives « recours » n° 89/ 665 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 en droit français par l'ordonnance n° 2009- 515 du 7 mai 2009 et par le décret no 2009- 1456 du 27 novembre 2009, il est codifié aux articles L. 551- 1 (secteurs classiques) et L. 551- 5 (secteurs spéciaux) du CJA pour les contrats administratifs. C'est un moyen destiné à permettre au juge d'intervenir rapidement avant la conclusion du contrat et prévenir la passation d'un contrat en méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence. Il permet aux candidats qui constatent un manquement à ces règles d'obtenir du juge du référé qu'il prononce, en urgence, des mesures nécessaires pour y remédier, avant la signature du contrat⁹⁶.

Le juge du référé précontractuel peut être saisi jusqu'à la signature du contrat. Il n'y a pas de délai de forclusion. Cela signifie qu'un candidat évincé peut exercer ce référé plus de 2 mois après la notification de la décision l'informant du rejet de sa candidature (CE 14 déc. 2009, no 325830, Cne La Roche- sur- Yon, CMP 2010, comm. 87, G. Eckert). Si la signature intervient avant la saisine du juge, la requête est irrecevable (CE Sect. 3 nov. 1995, CCI de Tarbes, Lebon 394, RFDA 1995, p. 1077, concl. Ch. Chantepy ; AJDA 1995, p. 888, chron. J. H. Stahl et D. Chauvaux). Si elle intervient en cours d'instance, la requête perd son objet : le juge doit prononcer un non- lieu à statuer (CE Sect. 3 nov. 1995, Sté. Stentofon, no 152650)⁹⁷. Cependant l'exercice du référé précontractuel a un effet suspensif dès lors que l'acheteur a été informé de la saisine du tribunal et pendant toute la durée de l'instance (CJA, art. L. 551- 4, L. 551- 9). Le contrat ne peut donc être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice de la décision juridictionnelle. Une seconde solution a été d'instituer un délai dit de standstill, c'est- à- dire un délai d'attente entre la date à laquelle la décision de rejet de leur offre est notifiée aux candidats évincés et celle de la signature du contrat afin de permettre au candidat évincé de saisir le juge.

Depuis l'ordonnance du 7 mai 2009, ce sont les « contrats de la commande publique » qui entrent dans le champ d'application du référé précontractuel, c'est- à- dire les « contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation » (CJA, art. L. 551- 1).

Quant aux personnes habilitées à agir, en premier lieu, « les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence »⁹⁸.

En deuxième lieu, le représentant de l'État peut exercer ce référé lorsque le contrat litigieux est conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local.

⁹⁶ Hoepffner Hélène, Droit des contrats administratifs, DALLOZ 2016, p. 540

⁹⁷ Hoepffner Hélène, Droit des contrats administratifs, DALLOZ 2016, p. 541

⁹⁸ V. la partie B de ce chapitre ci-dessous sur l'intérêt à agir.

En troisième lieu, l'État peut également exercer un référé précontractuel 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 »⁹⁹.

Le requérant doit notifier son recours à l'entité adjudicatrice. L'absence de notification n'a aucun impact sur la recevabilité du référé précontractuel, mais cela rend le référé contractuel irrecevable au cas où le pouvoir adjudicateur ne respecte pas la suspension prononcée dans le cadre du référé précontractuel non notifié ou il ne se conforme pas à la décision rendue par le juge du référé précontractuel¹⁰⁰.

Pour éviter une utilisation abusive du recours, le juge vérifie que le recours soit utile au concurrent et que le manquement invoqué a eu une incidence sur ses intérêts. Le Conseil d'Etat a jugé, dans l'arrêt SMIRGEOMES¹⁰¹, en instaurant une subjectivisation des moyens et en visant à une rationalisation du recours, qu'il appartenait au juge 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 lésé ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ». Si tel n'est pas le cas, le recours est rejeté, même si le vice pourrait fausser la concurrence. Il faut alors examiner la portée du moyen et le stade de la procédure.

Certes, selon la jurisprudence, le requérant peut invoquer des violations des principes fondamentaux du droit de la commande publique (CE Sect. 30 janv. 2009, ANPE, no 290236) ou du principe d'impartialité (CE 14 oct. 2015, Région Nord Pas de Calais, no 390968) et la rupture d'une égalité entre les candidats (Conseil d'Etat. 2 juillet 1999, Bouygues) dès lors que ces manquements ont une influence sur le choix du candidat (ex. insertion de spécifications techniques ayant un effet d'éviction (CE 3 nov. 1995, District Agglo. nancéienne, Lebon 391). Il appartient aussi, lorsque le candidat est une personne morale de droit public, de vérifier que l'exécution du contrat en cause entrerait dans le champ de sa compétence et s'il s'agit d'un établissement public, qu'il ne méconnaîtrait pas le principe de spécialité auquel il est tenu (CE 18 sept. 2015, Assoc. de gestion du CNAM des Pays de la Loire, Gpt URBEA, no 390041, BJCP no 104/ 2016, p. 63, concl. G. Pellissier, note R. S., CMP 2015, comm. 273, J.- P. Pietri ; AJDA 2016, p. 153, Th. Rombauts-Chabrol). En revanche, le contrôle du respect des compétences “ internes” à la personne publique reste exclu de l'office du juge du référé précontractuel.

Le président du tribunal administratif statué en premier et dernier ressort en audience publique, la cassation étant la seule possibilité de révision¹⁰².

Lorsqu'il est saisi d'une procédure de passation lancée par une autorité adjudicatrice (CJA, art. L. 551- 6) : il ne peut prononcer que des mesures provisoires (injonction, astreinte et

⁹⁹ L. 551-10 du CJA.

¹⁰⁰ Conseil d'Etat. 30 septembre 2011. Commune de Maizières-lès-Metz, no 350148

¹⁰¹ no 305420, CMP 2008, rep. 10 et comm. 264, J.- P. Pietri ; RJEP 2009, comm. 8, F. Brenet ; RFDA 2008, p. 1128, concl. B. Dacosta et note P. Delvolvé ; BJCP no 61/ 2008, p. 394, chron. T. Dal Farra ; AJDA 2008, p. 2374, étude P. Cassia et p. 2161, chron. E. Geffray et S.- J. Lieber

¹⁰² dans un délai de 15 jours à compter de sa notification (CJA, art. R. 551- 6) sans effet suspensif.

suspension) et il peut utiliser ces pouvoirs « 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 ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages » (CJA, art. L. 551- 7). Lorsqu'il est saisi d'une procédure de passation lancée par un pouvoir adjudicateur (CJA, art. L. 551- 2), il peut prescrire des mesures provisoires. Il peut enjoindre à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations (ex. ordonner la suppression d'un critère de sélection illégal dans le règlement de la consultation ou la réintégration d'un candidat irrégulièrement évincé). Cette injonction peut être ordonnée seule (CE 6 mars 2009, Synd. Mixte région d'Auray, no 321217) ou être couplée avec une mesure d'annulation (CE 28 avr. 2006, Cne Toulouse, no 280197, CMP 2006, comm. 165, G. Eckert). Il peut également « suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat » (ex. CE, 12 mars 2012, Cté. Agglo. du Pays de Montbéliard, no 354279). Il dispose en outre du pouvoir de prononcer des astreintes dans les conditions du droit commun. Il peut prescrire des mesures définitives. Il peut annuler certaines décisions se rapportant à la passation du contrat, voire annuler toute la procédure (CE 1er avr. 2009, no 315586, SAF, CMP 2009, comm. 209, J.- P. Pietri) ou supprimer certaines clauses destinées à figurer dans le contrat (CE 24 oct. 2001, Collect. territoriale de Corse, no 236293)¹⁰³.

Le juge peut statuer *ultra petita*, par exemple en annulant la procédure de passation alors même que le requérant ne demandait que la suspension de la procédure¹⁰⁴, mais les mesures qu'il prononce doivent être toujours en rapport avec l'illégalité qu'il a connu.

Eu égard à leur caractère provisoire, les décisions du juge des référés n'ont pas, au principal, autorité de chose jugée (CE 6 mars 2009, Sté. Biomérieux, no 324064, CMP 2009, comm. 144, J.- P. Pietri ; RJEP 2009, étude 10, F. Brenet). Par suite, « à défaut d'identité d'objet, l'autorité de la chose jugée en référé ne peut être opposée à l'occasion des recours post-contractuels » Concl. Chantepy sur CE Sect. 3 nov. 1995, Sté. Stentofon, Lebon 394). Le juge peut donc, après la signature du contrat, être à nouveau saisi d'un recours contre un contrat dont la procédure de passation avait été contestée devant le juge du référé précontractuel. Il peut notamment être saisi d'un recours en contestation de validité, à l'occasion duquel les mêmes moyens ou d'autres pourront être soulevés. Il ne pourra cependant, en principe, être saisi d'un référé contractuel¹⁰⁵.

§ 2. *Le référé contractuel*

Dès que les pouvoirs du juge du référé précontractuel se disparaissent à compter de la signature du contrat, la directive 2007/66/CE du 7 décembre 2007, transposée par l'ordonnance du 7 mai 2009 et le décret du 27 novembre 2009, a créé une procédure de référé dit « contractuel », utilisable après la signature du contrat, dans un délai qui varie en fonction de la publicité opérée pour l'attribution du contrat (CJA, L. 551-7). Cette procédure

¹⁰³ V. Hoepffner Hélène, *Droit des contrats administratifs*, DALLOZ 2016, p. 549

¹⁰⁴ CE 20 oct. 2006, Commune d'Andeville, no 289234

¹⁰⁵ Hoepffner Hélène, *Droit des contrats administratifs*, DALLOZ 2016, p. 550

ne sanctionne que les illégalités les plus graves affectant la procédure de conclusion des contrats, comme l'absence totale de mesures de publicité et de mise en concurrence.

Dans le champ d'application du référé contractuel entrent les mêmes contrats qui peuvent faire l'objet d'un référé précontractuel (CJA, art. L. 551-13).

Les personnes habilitées à engager un référé contractuel sont les mêmes que celles admises au référé précontractuel. Il s'agit des personnes « qui ont intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles » ainsi que le préfet (CJA, art. L. 551- 14).

Cependant, le référé n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage d'un référé précontractuel que lorsque le pouvoir adjudicateur a méconnu l'ordonnance du juge du référé précontractuel ou lorsqu'il n'a pas respecté l'obligation de la suspension automatique de la signature du contrat à compter de la saisine du juge du référé précontractuel. Or, l'introduction d'un référé contractuel après un référé précontractuel dans ces deux cas n'est pas admise si le requérant n'a pas notifié à l'acheteur public l'introduction d'un référé précontractuel¹⁰⁶.

Or, si l'exercice d'un référé précontractuel et ou a été rendu impossible par un fait ou un acte de l'acheteur public, p.ex. s'il n'a pas communiqué aux candidats évincés le rejet de son offre, comme il serait obligé, l'exercice du référé contractuel est admis.

Concernant les moyens invocables, le Conseil d'État dans son arrêt *Grand Port Maritime du Havre* a jugé que « les manquements susceptibles d'être utilement invoqués dans le cadre du référé contractuel sont, comme les sanctions auxquelles ils peuvent donner lieu, limitativement définis aux articles L. 551- 18 à L. 551- 20 du même code ». En revanche, il n'a pas subordonné l'opérance de ces moyens à l'existence d'une lésion pour le requérant (CE 23 nov. 2011, Sté. GIHP Lorraine Transports, no 349746).

Le premier cas des moyens invocables est la violation d'obligations de publicité. (CJA, L. 551- 18, al. 1er). Peut être invoqué un défaut de publication au JOUE dans les cas où une telle publication est exigée (CE 23 nov. 2011, Sté. GIHP Lorraine Transports, no 349746) ou de publicité lorsque le droit national impose des formalités de publicité. Un autre cas est la violation d'obligations de mise en concurrence. (CJA, L. 551- 18, al. 2). Peut être invoquée une méconnaissance des modalités de mise en concurrence prévues pour la passation des marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre ou dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique. Lorsque le contrat de référencement (AC et SAD) est passé avec plusieurs titulaires, les marchés subséquents doivent respecter les règles de mise en concurrence prévues par ledit contrat. Leur violation est invocable dans le cadre d'un référé contractuel. Le dernier cas concerne la violation de l'une des obligations de suspension. (CJA, art. L. 551- 18, al. 3). Peut être invoquée la méconnaissance de l'interdiction de signer le contrat avant l'expiration du délai de standstill ou pendant l'instance du référé précontractuel. Dans ces deux cas, il faut en outre que la méconnaissance de ces obligations

¹⁰⁶ CE 30 sept. 2011, Cne de Maizières- les- Metz, no 350148, BJCP no 79/ 2011, p. 465, concl. B. Dacosta ; CMP 2011, comm. 334, J.- P. Pietri

de suspension ait privé le demandeur de la possibilité d'exercer un référé précontractuel et que la violation des obligations de publicité et de mise en concurrence ait affecté ses chances d'obtenir le contrat (CE 17 déc. 2014, Cté cnes du canton de Varilhe, no 385033s, BJCP no 99, p. 149). Le moyen fondé sur la méconnaissance de l'obligation de standstill n'est invocable que dans les cas où un texte impose le respect d'un tel délai et dans ceux où le pouvoir adjudicateur se l'est lui-même imposé (ex. dans le règlement de la consultation)¹⁰⁷.

Le référé contractuel est un contentieux de pleine juridiction. Le juge dispose des pouvoirs d'un juge du fond. La nullité du contrat ne peut être prononcée que dans les hypothèses de l'article L. 551-18 du CJA (3 premiers cas) et L. 551-14 du CJA (1 cas).

2. La protection définitive

a. Le recours en excès de pouvoir au système grec

Selon les dispositions de la nouvelle loi grecque n° 4412/2016 (art. 346 par.2 et article 372 par. 1), toute partie intéressée qui a subi ou est susceptible de subir un préjudice à cause d'une décision de l'Autorité d'examen de recours préalables sur le recours préalable prévu à l'article 360 peut [...] exercer un recours en excès de pouvoir (contre la décision de l'Autorité) devant les tribunaux compétents conformément à l'article 372.

Le pouvoir adjudicateur peut aussi faire usage de cette voie si l'Autorité a accueilli le recours préalable.

Comme précité, le recours en excès de pouvoir a été déconnecté du stade de la protection provisoire. Le concurrent évincé peut donc choisir au lieu d'exercer une demande de sursis et après un recours pour excès de pouvoir (dans un délai de 10 jours¹⁰⁸) d'exercer directement un recours pour excès de pouvoir.

La date de l'audience publique ne peut pas être fixée plus de trois mois après la saisine.

Si la demande de sursis a été retenue et l'autorité qui a adopté l'acte dont l'exécution est suspendue par la décision juridictionnelle peut se conformer au dispositif et / ou au contenu général de la décision et peut révoquer ou modifier l'acte à l'origine du litige, l'article 32 du décret présidentiel 18/1989 s'applique et le juge constate un non-lieu (art. 372 par.5). Le même principe s'applique si l'intéressé n'a pas demandé le sursis ou l'a demandé sans succès et le contrat a été signé et son exécution a été terminée avant l'audience publique (art. 372 par.6).

Si la cour annule un acte ou omission du pouvoir adjudicateur après la conclusion du contrat en cause, la validité du contrat n'est pas affectée, sauf si avant la conclusion a été suspendue la procédure de conclusion de contrat par décision de l'Autorité d'examen de recours préalables ou par décision sur la demande de sursis ou par ordonnance (art. 372 par. 7).

¹⁰⁷ V. Hoepffner Hélène, Droit des contrats administratifs, DALLOZ 2016, p. 554-555

¹⁰⁸ Il est considéré que ce délai n'introduit pas une exception au délai général de 60 jours, prévu dans l'article 46 du décret présidentiel 18/89. C'est que l'effet suspensif qui s'arrête après l'expiration du délai. V. en cette matière Raikos D., Droit des contrats publics, A.N. Sakkoulas, 2017, p. 866-867

Concernant les actes contestables, les mêmes constats qu'on a fait en analysant la demande de sursis s'appliquent. L'avis a été exprimé que la loi (art. 372 par. 1) stipule que susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir sont les "décisions" de l'Autorité d'examen de recours préalables au fond sans faire aucune distinction et sans exclure donc les décisions sur des recours préalables avec qui la validité du contrat est contestée¹⁰⁹. Une telle solution ne semble pas possible, parce que l'article 346 par. 2, qui prévoit le droit de demande de sursis à l'exécution et à un recours pour excès de pouvoir vise expressément les décisions de l'Autorité selon l'article 360, c'est-à-dire les décisions sur les recours contre des actes préalables à la signature du contrat. Il y a donc ici à mon avis une lacune dans la protection juridictionnelle, car il n'y a pas de moyen de contester la décision de l'Autorité sur la nullité du contrat.

b. La fin de recours en excès de pouvoir au système français

Avant l'introduction du référé contractuel dans l'ordre juridique français, les tiers, notamment les concurrents évincés, n'avaient aucune possibilité de contester directement et efficacement un contrat administratif après sa signature.

Par sa décision du 16 juillet 2007, n° 291545, Société Tropic Travaux Signalisation, le Conseil d'Etat a créé le recours en contestation de validité d'un contrat administratif. Ce recours de plein contentieux permettait aux seuls concurrents susceptibles d'avoir un intérêt à conclure le contrat de saisir le juge du contrat pour contester sa validité ou celle de certaines de ses clauses qui en sont divisibles et d'assortir ce recours d'une demande tendant à ce que le juge des référés ordonne, à titre conservatoire, la suspension de l'exécution du contrat. Le requérant pourrait aussi demander une réparation en présentant des conclusions indemnitaires ou en engageant un recours en indemnisation autonome. Le Conseil d'Etat a retenu une conception extensive de l'intérêt à agir en considérant que « 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 » (CE avis Sté. Gouelle, 11 avril 2012, no 355446, BJCP no 84, p. 387, concl. N. Boulouis ; CMP 2012, comm. 164 et rep. 5 ; AJDA 2012, p. 1109, P. Cassia). Le requérant pourrait présenter tout moyen de légalité pour contester la validité du contrat et pas seulement des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Leur opérance n'était pas non plus subordonnée (comme en référé précontractuel) à la circonstance que les vices auxquels ils se rapportent aient été susceptibles de léser le requérant (CE, avis, 11 avril 2012, Société Gouelle). De plus, le concurrent évincé n'avait pas à prouver que le moyen soulevé était susceptible de le léser à la différence de ce que l'on connaît en matière de référé précontractuel (Conseil d'Etat, n° 305420 3 octobre 2008, SMIRGEOMES).

¹⁰⁹ *Mazos Ilias*, Protection juridictionnelle devant le Conseil d'Etat en matière des contrats administratifs, in Loi no 4412/2016, Approche jurisprudentielle et Application pratique, Bibliothèque juridique, 2019, p. 497, qui se réfère à l'arrêt 1685/2018, avec lequel le CE grec a pour la première fois déclaré la nullité d'un contrat administratif, mais sous le régime de la loi précédente (art. 8 de la loi no 3886/2010), où le requérant pouvait demander de la cour l'annulation du contrat.

Par son arrêt d'Assemblée (4 avril 2014, n°358994 Département Tarn et Garonne), le Conseil d'État met fin à la jurisprudence Martin¹¹⁰, car il ferme complètement la voie du recours direct en excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat en vertu de l'exception de recours parallèle, et ce pour tout type de requérant, à l'exception du Préfet dans le cadre de son contrôle de légalité¹¹². Il ferme davantage le recours en excès de pouvoir pour les actes préalables à la signature du contrat. Il juge que « la légalité du choix du cocontractant, de la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de le signer ne peut être contestée qu'à l'occasion du recours »¹¹³ en contestation de validité. Pour contester ces trois décisions, les tiers doivent attendre qu'elles soient « réincorporées » dans l'ensemble contractuel à l'occasion de la signature du contrat : ils peuvent alors exercer un recours de plein contentieux contre cet ensemble. Seul le préfet, dans le cadre du contrôle de légalité qui lui est confié par la loi, est encore recevable à contester la légalité de ces actes devant le juge de l'excès de pouvoir jusqu'à la signature du contrat.

Cet arrêt a ouvert à tous les tiers la possibilité de saisir le juge du contrat. L'arrêt précise (point 2) qu' « indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un

¹¹⁰ V. CE, Martin, 4 août 1905, n°14220, selon laquelle les tiers au contrat (concurrents évincés, ordre professionnel, citoyens ...) n'avaient que la possibilité de le contester via un recours en excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat, autrement dit les actes préalables à sa conclusion (CE, Martin, 4 août 1905, n°14220), exception faite des recours contre les clauses réglementaires du contrat (v. le site <https://www.legitima.fr/le-blog/99-avocat-administratif-les-contentieux-au-fond-en-matiere-de-contrats-administratifs-chnagez-vos-habitudes.html>)

¹¹¹ En revanche, pour les contrats de droit privé on passe toujours par 'l'acte détachable et pour cela on applique la jurisprudence Martin.

¹¹² Le recours pour excès de pouvoir reste ouvert contre les actes détachables des contrats de droit privé (CE 19 nov. 2013, Sté. Credemlux, BJCP no 93, p. 126, concl. E. Cortot- Boucher ; CE 27 oct. 2015, no 386595, Arrou, CMP 2016, comm. 23, J.- P. Pietri).

¹¹³ La référence de seuls trois actes qui ne sont pas susceptibles d'un recours en excès de pouvoir peut faire penser qu'il y a d'autres actes préalables à la signature qui restent susceptibles d'un recours en excès de pouvoir. En ce qui concerne les actes postérieurs à la signature, la détachabilité a été retenue dans quatre hypothèses : (a) pour des actes pris par l'Administration en vertu de pouvoirs « extérieurs » au contrat (CE Ass. 8 janv. 1988, Min. chargé du Plan c/ CUS, no 74301, RFDA 1988. 25, concl. S. Daël), (b) pour les actes pris par l'Administration en violation de clauses réglementaires ou de conventions génératrices d'effets réglementaires (CE 21 déc. 1906, Syndic. des propriétaires et contribuables du quartier Croix- de-Seguey- Tivoli, Lebon 962), (c) pour des actes d'exécution de certaines clauses contractuelles pouvant s'analyser comme des actes unilatéraux à l'égard des tiers (ex. une décision de fixer les emplacements publicitaires en application d'un contrat de mobilier urbain (CE Sect. 9 déc. 1983, Ville de Paris, Lebon 499, concl. B. Genevois) ou (d) pour un usage/ refus d'usage de ses pouvoirs: pouvoir de direction et de contrôle (ex. un refus d'autorisation de cession de contrat: CE 3 fév. 2012, Cté. d'agglo. de Villefranche-sur- Saône, no 353250); refus de résilier: CE Sect. 24 avr. 1964, SA LIC, Lebon 239; AJDA 1964. 308, concl. M. Combarous et p. 293, chron. Fourré et Puyssasset ; CE 8 déc. 2004, Sté. Eiffel Distribution, no 270432 ; ou décision de résilier : CE 2 févr. 1987, Sté. TV6, no 81131, RFDA 1987. 29, concl. M. Fornacciari).

recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles”.

Même si le juge ouvre la voie de recours à tous les tiers, il fait une distinction entre eux sur le fondement de l'intérêt à agir.

D'une part, les « membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné » et le préfet sont considérés comme des tiers privilégiés. Ils peuvent saisir le juge du contrat sans qu'il leur soit nécessaire de faire état d'une lésion directe et certaine de leurs intérêts¹¹⁴. Leur seule qualité suffit à leur conférer un intérêt pour agir, car ils garantissent le respect de la légalité. D'autre part, les tiers ordinaires ne peuvent saisir le juge du contrat que s'ils sont « susceptibles d'être lésés » dans leurs intérêts « de façon suffisamment directe et certaine » par la passation du contrat ou par ses clauses.

De plus, le juge cherche à restreindre l'accès au prétoire en définissant que les tiers ordinaires (y compris les concurrents évincés) ne peuvent invoquer que « des vices en rapport direct avec l'intérêt dont ils se prévalent » ou de « ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office ». Les concurrents évincés ne peuvent désormais utilement invoquer, outre les vices d'ordre public, que les manquements aux règles applicables à la passation du contrat qui sont en rapport direct avec leur éviction (CE Sect. 5 fév. 2016, Sté. Voyage Guirette). Les autres tiers ne devraient pas pouvoir utilement invoquer des moyens tirés d'irrégularités relatives à la procédure de dévolution concurrentielle mais fondés sur l'irrégularité de clauses contractuelles¹¹⁵.

Le recours doit être introduit dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation.

Le recours *Tarn et Garonne* peut « être accompagné d'une demande tendant, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521- 1 CJA, à la suspension de son exécution ». La demande de suspension n'est recevable que si elle accompagne un recours au fond recevable, comportant des conclusions à fin d'annulation ou de réformation et ne devrait être susceptible d'aboutir que « lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision » (v. appréciation stricte de ces conditions : CE 14 oct. 2015, Région Réunion, no 391183, BJCP no 104/ 2016, p. 71, concl. G. Pellissier ; TA Châlons- en- Champagne, 19 mai 2015, no 1500835, AJDA 2015, p. 1980, S. Pugeault).

B. L'intérêt à agir-sujets contemporains

Comme cite, il découle de l'article 1er de la directive 89/665 que celle-ci vise à permettre l'introduction de recours efficaces contre les décisions des pouvoirs adjudicateurs

¹¹⁴ Hoepffner Hélène, Droit des contrats administratifs, DALLOZ 2016, p. 584

¹¹⁵ Hoepffner Hélène, Droit des contrats administratifs, DALLOZ 2016, p. 586

incompatibles avec le droit de l'Union. Selon le paragraphe 3 dudit article, les États membres s'assurent que les procédures de recours sont accessibles, selon les modalités que les États membres peuvent déterminer, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée.

1. Jurisprudence de la CJUE

La jurisprudence récente de la Cour de Justice de l'Union européenne a eu l'occasion de s'occuper de l'intérêt à agir des soumissionnaires évincés. Dans l'affaire *Fastweb* (arrêt de 4.7.2013, C-100/12, publié au Recueil digital), la Cour a tranché un renvoi préjudiciel, par lequel la juridiction de renvoi a demandé, en substance, si les dispositions de la directive 89/665, notamment ses articles 1er et 2, doivent être interprétées en ce sens que, si, dans le cadre d'une procédure de recours, le soumissionnaire qui a contracté soulève une exception d'irrecevabilité fondée sur le défaut de qualité pour agir du soumissionnaire auteur de ce recours au motif que l'offre que ce dernier avait présentée aurait dû être écartée par le pouvoir adjudicateur en raison de sa non-conformité par rapport aux spécifications techniques définies dans le cahier des charges, ledit article 1er, paragraphe 3, s'oppose à ce que ce recours soit déclaré irrecevable par suite de l'examen préalable de cette exception d'irrecevabilité lorsque le requérant conteste lui-même la régularité de l'offre de l'adjudicataire pour un motif de nature identique et que seuls ces deux opérateurs économiques ont présenté une offre. La Cour a jugé que chacun des concurrents peut faire valoir un intérêt légitime équivalent à l'exclusion de l'offre des autres, pouvant aboutir au constat de l'impossibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de procéder à la sélection d'une offre régulière (point 33) et a répondu que l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, telle que modifiée par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007, doit être interprété en ce sens que cette disposition s'oppose à ce que ledit recours soit déclaré irrecevable par suite de l'examen préalable de cette exception d'irrecevabilité sans se prononcer sur la conformité avec lesdites spécifications techniques tant de l'offre de l'adjudicataire, ayant obtenu le marché, que de celle du soumissionnaire ayant introduit le recours principal.

Dans une autre affaire (CJUE, 5.4.2016, Aff. C-689/13, *Puligienica Facility Esco SpA (PFE)*, publié au recueil digital), la Cour a affirmé la jurisprudence *Fastweb* et a défini qu'elle s'applique indépendamment des soumissionnaires et des requérants dans la procédure de passation du marché public. En allant plus loin que l'arrêt *Fastweb*, elle a précisé que cet arrêt constitue une concrétisation des exigences des dispositions du droit de l'Union [...] (article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/66) dans des circonstances où, à la suite d'une procédure de passation d'un marché public, deux soumissionnaires introduisent des recours visant leur exclusion réciproque. Dans une telle situation, chacun des deux soumissionnaires a un intérêt à obtenir un marché déterminé. En effet, d'une part, l'exclusion d'un soumissionnaire peut aboutir à ce que l'autre obtienne le marché directement dans le cadre de la même procédure. D'autre part, dans l'hypothèse d'une exclusion des deux

soumissionnaires et de l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation de marché public, chacun des soumissionnaires pourrait y participer et, ainsi, obtenir indirectement le marché.

Il convient de déduire de ces deux arrêts qu'un concurrent évincé justifie un intérêt à agir quand il vise au rejet de l'offre de ses concurrents afin d'atteindre soit l'attribution directe du marché à lui-même, soit, en cas de non-existence d'une offre régulière, l'annulation de l'appel d'offres et la mise en œuvre d'une nouvelle procédure de passation.¹¹⁶

Dans le cadre d'un autre litige, où le soumissionnaire évincé a introduit un recours d'abord contre la décision d'exclusion adoptée à son égard, puis contre la décision d'attribution du marché, et il a invoqué l'irrégularité de l'offre de l'adjudicataire que dans le cadre de la seconde procédure, la Cour a statué que le principe jurisprudentiel résultant des arrêts du 4 juillet 2013, *Fastweb* (C- 100/12, EU:C:2013:448), et du 5 avril 2016, *PFE* (C- 689/13, EU:C:2016:199), n'est pas applicable à une telle situation¹¹⁷. Dans l'arrêt en cause, la Cour a présenté comme obiter dictum un autre aspect intéressant en disant que ainsi qu'il ressort de l'article 1er, paragraphe 3, et de l'article 2 bis de la directive 89/665, celle-ci garantit l'exercice de recours efficaces contre les décisions irrégulières intervenant dans le cadre d'une procédure de passation de marché public, en permettant à tout soumissionnaire exclu de contester non seulement la décision d'exclusion, mais également, tant que cette contestation n'a pas été tranchée, les décisions ultérieures qui lui porteraient préjudice dans l'hypothèse où son exclusion serait annulée (point 34). Le point d'intérêt est que lorsque le soumissionnaire est exclu définitivement par une décision du pouvoir adjudicateur confirmée par une décision ayant acquis l'autorité de la chose jugée avant que la juridiction saisie du recours contre la décision d'attribution du marché ne statue, il est privé de contester la décision d'attribution du marché. La possibilité semble existante pour le soumissionnaire qui n'a pas été définitivement exclu de contester les actes ultérieurs qui lui porteraient préjudice si l'exclusion était enfin annulée.

2. La jurisprudence interne

La jurisprudence grecque

Parmi les tendances jurisprudentielles du Conseil d'État concernant l'intérêt des concurrents évincés à agir, on peut noter la tendance du Conseil d'État d'apprécier que les soumissionnaires qui ont participé au concours et ont présenté une offre, qui a été reçue préalablement et a été examinée au fond, considérée comme remplissant par principe les conditions posées par la loi, ont un intérêt à agir et peuvent contester l'acte de désignation provisoire de l'adjudicataire, car le pouvoir adjudicateur est obligé de continuer la procédure de passation en examinant les offres des autres concurrents dont la participation est

¹¹⁶V. Kalonomos C., Parlatza R., L'intérêt à agir du candidat évincé la procédure concurrentielle des contrats administratifs à la lumière des arrêts actuels de la CJUE et du CE, *Applications de droit public* 2019, p.10

¹¹⁷ CJUE, 21.12.2016, aff. C-355/15, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH*, publié au Recueil électronique, point 33.

recevable si la procédure d'attribution définitive du marché n'aboutit pas. (CE, Commission de sursis, 40/2019, points 6,7)¹¹⁸.

L'évolution précédant de la jurisprudence de la Cour de Justice a influencé la jurisprudence du Conseil d'Etat grec et a amené à un revirement de la jurisprudence. Selon une jurisprudence constante, le juge grec admettait que si, dans le cadre d'un référé précontractuel exercé par un soumissionnaire évincé, les allégations de ce dernier à l'encontre du rejet de son offre n'étaient pas admises, ce soumissionnaire n'avait plus intérêt à contester l'offre d'un autre soumissionnaire, car, étant donné que l'illégalité de son exclusion n'avait pas été considérée en référé comme étant sérieusement probable, le requérant devenait désormais un tiers à la procédure d'adjudication en cause. Dès lors, il ne pouvait pas non plus solliciter le retrait de la procédure de passation du marché public en cause et l'engagement d'une nouvelle, car espérer le retrait de ladite procédure n'était pas considéré comme un intérêt légitime, même si le soumissionnaire intéressé avait attaqué par un recours pour excès de pouvoir son exclusion qui, de ce fait, n'était pas encore devenue définitive. À titre tout à fait exceptionnel, ce soumissionnaire avait encore l'intérêt d'invoquer la violation éventuelle de l'égalité de jugement, au seul sens qu'un autre soumissionnaire n'avait pas été exclu, bien que l'offre de celui-ci ait été entachée de la même illégalité précise pour laquelle l'offre du requérant avait été exclue¹¹⁹. En outre, il ne pouvait pas contester les actes ultérieurs à son éviction. Mais avec l'arrêt innovatif et audacieux CE 22/2018 de la Commission des sursis, le Conseil d'Etat statuant en référé, en invoquant la jurisprudence de la Cour de justice sur l'interprétation de l'article 2 bis, paragraphes 1 et 2 des directives 89/665/CE et 92/13/CE, a procédé à un revirement exprès de sa jurisprudence constante, et a admis, à la majorité, qu'un soumissionnaire évincé, dont l'exclusion n'est pas encore définitive, a intérêt à obtenir le rejet des offres de tous ses concurrents et, par voie de conséquence, le retrait de la procédure de passation du marché public en cause et

¹¹⁸ V. en revanche l'interprétation plus restrictive que la Commission de sursis du CE a adopté en matière de contestation des termes de l'appel d'offres, dans l'arrêt du CE grec, Commission des sursis 86/2018, cons. 12 : "Comme il dérive des dispositions de la loi 4412/2016 visées au paragraphe 6, le système de protection juridictionnelle provisoire mis en place par cette loi, dans le stade avant la passation des marchés publics, est destiné à protéger les personnes qui ont un intérêt à la conclusion des contrats susmentionnés contre les dommages qu'elles subissent ou risquent de subir du fait de la prétendue violation par l'entité adjudicatrice de la réglementation fixant les conditions d'admission au concours, la procédure de sélection de l'adjudicateur et les critères sur la base desquels l'adjudicateur sera désigné. Il s'ensuit que, aux fins de ces dispositions, si la personne qui s'intéresse à la passation d'un marché public demande la prise de mesures provisoires contre l'appel d'offres doit, pour être considérée comme ayant un intérêt légitime à agir, se prévaloir par une demande spécifique de dommage direct qu'il subit à cause d'une condition de l'appel d'offres qui viole, à son avis, les règles relatives aux conditions de participation au concours, la procédure de sélection de l'adjudicateur ou les critères applicables à sa nomination, au point où sa participation au concours est exclue ou rendue difficile (voir le régime antérieur de la loi n° 3886/2010 et de la loi n° 2522/1997: Commission des sursis, 146-8/2016 ass., 129-131/2016 ass., 415/2014, 9, 124, 189/2015, Commission des sursis 1258, 1316/2008, 342, 670/2009 etc., voir aussi arrêt de la Cour de justice du 12-02-2004, C-230/2002, Grossman Air Services c. La République d'Autriche).

¹¹⁹Constantin Yannakopoulos, Chronique Jurisprudences nationales intéressant le droit de l'Union européenne - Le droit de recours des soumissionnaires non définitivement exclus : « le Conte de deux cités », RTD eur. 2019. 214

l'engagement d'une nouvelle¹²⁰¹²¹. Chaque concurrent peut alors invoquer l'intérêt à agir qui correspond à l'exclusion des autres concurrents¹²², sous la condition que son exclusion n'est pas confirmée par un arrêt de la cour dans le cadre de la protection juridique définitive. La Cour a aussi posé une autre condition pour la justification de l'intérêt à agir et plus précisément il faut que le concurrent évincé adresse son recours contre tous les autres concurrents pour qu'il puisse avec les moyens qu'il présente contre les autres candidats amener à une situation d'impossibilité d'attribution du marché. De cette façon l'intérêt à agir se déconnecte de la possibilité d'attribution directe du marché au requérant et se déplace vers la possibilité de la poursuite de l'attribution du marché dans un deuxième étape après l'annulation de la procédure d'adjudication en cause.

Pourtant, la Commission des sursis de la Haute juridiction administrative ayant du mal à abandonner totalement sa jurisprudence a, tout d'abord, admis, à l'unanimité, que l'intérêt du soumissionnaire non définitivement exclu à demander l'exclusion de ses concurrents et, par conséquent, le retrait de la procédure de passation en cause, existe seulement au dernier stade de cette procédure et seulement si l'exclusion du requérant n'est pas encore devenue définitive^{123 124}.

À une autre reprise (CE 106/2018), la Commission des sursis du Conseil d'État de Grèce a admis à l'unanimité, que « selon la jurisprudence de la CJUE (aff. C-355/15, *Bietergemeinschaft*, pts 34-35), les dispositions des articles 1er, paragraphe 3, et 2 bis de la directive 89/665 garantissent le droit d'exercer des recours efficaces contre les décisions irrégulières prises dans le cadre d'une procédure de passation de marché public, en permettant à tout soumissionnaire exclu de contester non seulement la décision de son exclusion, mais également, tant que cette contestation n'a pas été tranchée, les décisions ultérieures qui lui porteraient préjudice dans l'hypothèse où son exclusion serait annulée. En revanche, un tel droit n'est pas reconnu au soumissionnaire définitivement exclu au sens de l'article 2 bis, paragraphe 2, deuxième alinéa... »¹²⁵. La Cour n'a pas accepté l'existence d'un intérêt à agir d'un requérant qui a contesté l'omission du pouvoir adjudicateur d'annuler la procédure de passation, en statuant qu'en tout cas la contestation de l'acte par lequel le pouvoir adjudicateur accepte l'offre d'un autre concurrent est requis et en estimant que dans l'affaire en cause le requérant demande l'annulation en visant à une procédure nouvelle mais avec des termes et des conditions différentes. Dans le cadre d'un autre arrêt (CE 130/2018), la cour a dans un premier temps adopté la jurisprudence de la CJUE, mais au cas particulier il

¹²⁰ V. not. les pts 72 et 73 de l'arrêt commenté.

¹²¹ *Constantin Yannakopoulos*, Chronique Jurisprudences nationales intéressant le droit de l'Union européenne - Le droit de recours des soumissionnaires non définitivement exclus : « le Conte de deux cités » RTD eur. 2019. 214

¹²² V. Chatzigiannakis V., L'intérêt à agir de l'offrant dans une procédure de conclusion de contrat public - La notion du définitivement évincé, *Revue du droit public et du droit administrative*, 2019, p.14

¹²³ V. l'arrêt de la Commission des sursis du Conseil d'État de Grèce n° 154/2016, pt 10. V. aussi, à titre indicatif, les arrêts de la même Commission nos 174/2016, 411/2013, 106/2013, 733/2012, 430/2012, 274/2012, 877/2010, 684/2009, 506/2009.

¹²⁴ *Constantin Yannakopoulos*, Chronique Jurisprudences nationales intéressant le droit de l'Union européenne - Le droit de recours des soumissionnaires non définitivement exclus : « le Conte de deux cités » RTD eur. 2019. 214

¹²⁵ Point 8

a rejeté le recours (statuant en référé), parce que le requérant n'a pas agi contre tous les autres concurrents et ne pouvait donc pas revendiquer le retrait de la procédure¹²⁶.

La solution adoptée par l'arrêt audacieux CE 22/2018 a été confirmée par l'arrêt 30/2019 de la Commission de sursis, où la cour a aussi proposé une définition du concurrent définitivement évincé. Il s'agit donc du concurrent qui n'a pas contesté l'acte de son exclusion ou de celui qui l'a contesté par le biais d'un recours pour excès de pouvoir, mais dont le recours a été rejeté, le rejet du recours préalable par l'Autorité d'examen des recours préalables n'étant pas d'importance.

Le dernier arrêt apporte aussi deux nouvelles spécificités qui ne sont pas forcément déduites de la jurisprudence de la CJUE. La cour précise notamment que pour accepter un intérêt pour agir il faut parallèlement que l'objet du nouveau contrat conclu après l'annulation de la procédure soit similaire sur les points importants et que le concurrent évincé remplisse les conditions pour la participation à la procédure concurrentielle nouvelle.

Il découle aussi d'une jurisprudence constante que le requérant qui a participé à une procédure de passation de marchés publics sans formulant une réserve concernant la légalité d'un terme de l'appel d'offres ne peut pas contester recevablement ce terme¹²⁷.

La jurisprudence française

Le juge administratif français présente une interprétation de l'intérêt pour agir du concurrent évincé qui est beaucoup plus souple que celle de la Cour de Justice et celle de la Haute juridiction administrative grecque.

Depuis 2014, l'accès au prétoire semble largement ouvert aux tiers qui disposent désormais de nouveaux recours de plein contentieux - recours en contestation de validité (du contrat), dit recours Tarn-et-Garonne (CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994)¹²⁸ et action en rupture des relations contractuelles (Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche).

Dans un arrêt récent (CE, 7ème - 2ème chambres réunies, 9 nov. 2018, n° 420654), le Conseil d'État français affirme l'ouverture du recours Tarn-et-Garonne même au candidat évincé en raison du caractère irrégulier de son offre (point 9) et de plus elle précise l'articulation entre le référé précontractuel et le recours Tarn-et-Garonne en admettant la possibilité envisagée par la doctrine d'introduire le recours Tarn-et-Garonne à la suite d'un référé précontractuel¹²⁹. Le Conseil d'État français accepte notamment un intérêt à agir en refusant d'appliquer en espèce la jurisprudence que lui-même a adoptée en matière du référé

¹²⁶ V. Kalonomos C., Parlatza R., L'intérêt à agir du candidat évincé la procédure concurrentielle des contrats administratifs à la Lumière des arrêts actuels de la CJUE et du CE, Applications de droit public 2019, p. 20.

¹²⁷ CE, Commission de sursis, 99/2018, point 9

¹²⁸ Jean-Charles Rotoullié, Le recours Tarn-et-Garonne, une voie de droit à l'effectivité limitée, AJDA 2019. 412

¹²⁹ v. H. Hoepffner, Droit des contrats administratifs, Dalloz, Cours, 2016, p. 547

précontractuel¹³⁰. Le rapporteur public justifie notamment l'ouverture du recours Tarn-et-Garonne au candidat évincé en raison du caractère irrégulier de son offre par le fait « qu'une conception trop restrictive de l'intérêt à contester la validité du contrat porterait une atteinte excessive au droit au recours » (concl. p. 6) compte tenu des limites des référés précontractuels et contractuels. Le premier est irrecevable dès la signature du contrat ; le second est « aussi étroit dans ses conditions d'accès que de succès » (concl. p. 6)¹³¹.

Cette solution adoptée par la Haute juridiction administrative française peut être édictée par une volonté de la haute juridiction administrative française de pouvoir contrôler d'une façon efficace les irrégularités du contrat, qui pourraient même consister des entraves à l'intérêt général, ainsi que par une volonté de ne pas aller en arrière et montrer une approche contradictoire en construisant enfin le nouveau recours d'une manière beaucoup plus restrictive que le recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables¹³².

Malgré cette marche en avant, si le concurrent évincé qui a vu son offre rejetée comme étant irrégulière a intérêt à former un recours en contestation de la validité du contrat après avoir vu son référé précontractuel être rejeté comme irrecevable, il ne pourra toutefois soulever que certains moyens à l'appui de sa requête¹³³. Cette jurisprudence paraît donc trompeuse.

¹³⁰ Le Conseil d'État adopte une lecture rigoriste du code considérant que dans le cadre du référé précontractuel n'ont intérêt à agir que les entreprises susceptibles de signer le contrat et susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué. Concrètement, cela désigne les entreprises ayant vocation à exécuter les prestations correspondant à l'objet du contrat : les candidats évincés de la procédure ou 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 (CE 29 avr. 2015, SYVADE, no 386748, AJDA 2015, p. 1749, E. Muller ; BJCP no 102, p. 360, concl. G. Pellissier). Cela implique qu'une entreprise dont la candidature a été écartée car elle était irrégulière ou dont l'offre a été éliminée car elle était inappropriée ou inacceptable n'a pas intérêt à agir (CE 11 avr. 2012, Ody 1218, CMP 2012, comm. 198). Depuis l'arrêt SMIRGEOMES (CE, sect., 3 oct. 2008, n° 305420, Lebon 324 avec les concl. ; AJDA 2008. 2161, chron. E. Geffray et S.-J. Lieber ; et 2374, étude P. Cassia ; RFDA 2008. 1128, concl. B. Dacosta ; et 1139, note P. Delvolvé), le Conseil d'État estime que l'entreprise dont l'offre est irrégulière n'a pas d'intérêt à conclure le contrat et n'est donc pas recevable pour introduire une telle procédure d'urgence (CE 11 avr. 2012, n° 354652, Syndicat Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres, Bureau européen d'assurance hospitalière [BEAH], Lebon ; AJDA 2012. 790) sauf si l'irrégularité de l'offre provient d'un manquement du pouvoir adjudicateur (CE 12 mars 2012, n° 353826, Société Clear Channel France, Commune de Villiers-sur-Marne, Lebon ; AJDA 2012. 521), en procédant à un revirement de la jurisprudence constante, selon laquelle le requérant n'avait pas à démontrer une lésion : une entreprise avait toujours intérêt à contester une procédure irrégulière et par suite, tout candidat potentiel à l'obtention d'un contrat avait intérêt à agir (CE Sect. 3 nov. 1995, District de l'agglomération nancéenne, Lebon 391).

¹³¹ *Jean-Charles Rotoullié*, Le recours Tarn-et-Garonne, une voie de droit à l'effectivité limitée AJDA 2019. 412

¹³² *V. Jean-Charles Rotoullié*, Le recours Tarn-et-Garonne, une voie de droit à l'effectivité limitée AJDA 2019. 412: « Cette interprétation de l'intérêt à agir favorable au concurrent évincé pourrait aussi s'expliquer par la volonté du juge d'examiner en tout état de cause les illégalités d'ordre public entachant le contrat litigieux. Or, pour que le juge puisse faire cela, il était nécessaire d'admettre la recevabilité du recours Tarn-et-Garonne et donc l'intérêt à agir du requérant. Enfin, une restriction excessive de l'intérêt à agir du candidat évincé aurait été malvenue dans la mesure où l'intérêt à agir exigé aurait été largement plus restrictif que celui imposé dans le cadre du recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat, dorénavant largement fermé ».

¹³³ *V. Jean-Charles Rotoullié*, Le recours Tarn-et-Garonne, une voie de droit à l'effectivité limitée AJDA 2019. 412

Le Conseil d'État français, bien qu'il ouvre le recours, il cherche à le resserrer en filtrant les moyens opérants, tendance qu'il a initié avec les arrêts SMIRGEOMES (CE, sect., 3 oct. 2008, n° 305420)¹³⁴ et Béziers I (...)¹³⁵. L'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne* prévoit ainsi que les tiers « ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office ». En 2016, le Conseil d'État est allé encore plus loin avec son arrêt *Syndicat mixte des transports en commun Hérault transport* dans l'analyse de l'opérance des moyens. Désormais, le concurrent évincé ne peut invoquer, en dehors des vices d'ordre public, que des « manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction »¹³⁶.

Le Conseil d'État applique cette jurisprudence aux concurrents dont l'offre a été rejetée comme étant irrégulière. En effet, il considère que dans la mesure où ces requérants ne peuvent invoquer à l'appui de leur recours Tarn-et-Garonne que des moyens en rapport direct avec leur éviction, ils ne peuvent manifestement pas « soulever un moyen critiquant l'appréciation des autres offres ». Or, le moyen tiré de la prétendue irrégularité ou inacceptabilité de l'offre finalement retenue par le pouvoir adjudicateur n'est ni en rapport direct avec leur propre éviction, ni d'ordre public¹³⁷.

On voit donc une tendance des juridictions internes de décourager les concurrents évincés de l'exercice d'un recours, probablement par crainte de surcharge supplémentaire des juridictions nationales et de retard des procédures en cause.

Section 2-Les résultats de l'exercice des recours

Dans cette section on examine les résultats que lesdits recours peuvent apporter sur le contrat (Partie A) et les possibilités d'indemnisation (Partie B).

A. L'impact sur le contrat

Faciliter l'accès au juge par une mise en œuvre simplifiée des recours contribue à la recherche d'un recours juridictionnel efficace. Mais cela ne peut suffire car le juge doit encore disposer des pouvoirs lui permettant de finaliser cet objectif.

Apart les pouvoirs que le juge ou l'Autorité d'examen de recours préalables possèdent dans chaque recours (y compris les pouvoirs importants de suspension de la signature du contrat

¹³⁴ Le sens de cet arrêt est que le concurrent évincé ne peut indiquer qu'un moyen qui correspond à son intérêt lésé, p.ex. si la personne publique n'a pas respecté l'obligation de publicité, une entreprise qui n'a pas eu connaissance de l'appel d'offres pourrait invoquer cela, mais une entreprise qui a quand-même présenté son offre ne pourrait pas invoquer ce vice

¹³⁵ Depuis l'arrêt Béziers I, les cocontractants ne peuvent invoquer que des moyens loyaux, c'est-à-dire des irrégularités qui ne sont pas de leur fait ou qui ne leur ont pas été favorables.

¹³⁶ V. aussi l'arrêt récent CAA Bordeaux, 15 févr. 2019, n° 16BX01328 : «Les tiers, autres que le préfet départemental notamment, ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office. Le tiers agissant en qualité de concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif ne peut ainsi, à l'appui d'un recours contestant la validité de ce contrat, utilement invoquer, outre les vices d'ordre public, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction».

¹³⁷ Jean-Charles Rotoullié, Le recours Tarn-et-Garonne, une voie de droit à l'effectivité limitée AJDA 2019. 412

ou d'autres actes), ce qui présente le plus grand intérêt est le pouvoir d'annuler le contrat, car en absence de cette possibilité, les résultats restent « platoniques ».

Le juge français en matière de plein contentieux, doté de pouvoirs bien plus importants que ceux du juge de l'excès de pouvoir, a la mainmise sur les conséquences des illégalités constatées. Il est doté d'une palette de pouvoirs de sanctions lui permettant, en fonction de « l'importance et des conséquences des vices entachant la validité du contrat » de déterminer la plus adéquate et de ne prononcer l'annulation qu'en dernier ressort. « Il lui appartient, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences. Il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnités en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat »¹³⁸.

En Grèce, comme cité, l'annulation du contrat peut être demandée devant l'Autorité d'examen de recours préalables. L'Autorité a la possibilité de ne pas déclarer la nullité du contrat lorsque des raisons impératives d'intérêt général exigent la préservation des résultats du contrat (art. 370 par. 1 et 2 de la loi n° 4412/2016). Si l'Autorité décide de ne pas affirmer la nullité du contrat, elle peut imposer une amende au pouvoir adjudicateur, qui est attribuée au requérant (art. 370 par. 3). L'Autorité, en prenant en compte les conditions en cause et surtout le stade de l'exécution du contrat, la sévérité de la violation et le comportement du pouvoir adjudicateur, peut déclarer que la nullité de la partie du contrat qui n'a pas encore été exécutée (art. 371 par. 2). Il y a donc ici aussi une tendance de rationalisation et de soumission de l'annulation du contrat à d'autres aspects, comme l'intérêt général ou le stade de l'exécution.

B. La réparation

1. *Le recours indemnitaire*

En droit grec, selon la loi n° 4412/2016, le concurrent évincé de la procédure de passation ou de la conclusion du contrat, par violation d'une règle du droit de l'Union européenne ou de droit interne, a droit à une indemnisation, en application mutatis mutandis des articles 197 et 198 du Code civil (culpa in contrahendo-réparation des frais pour présenter son offre et de manque à gagner, parce qu'il a rejeté un autre appel d'offres). Par ailleurs, si le concurrent évincé prouve que le marché serait attribué à lui si la violation n'avait pas eu lieu, il a droit à une indemnisation selon les dispositions générales (art. 104-106 de la loi introductive du Code

¹³⁸ Cour administrative d'appel de Paris – 13 mars 2019 – n° 18PA00372

civil- droit à tout ce que le concurrent aurait s'il concluait le contrat) sur la responsabilité de l'Administration (v. art. 373 de la loi).

L'annulation de l'acte contesté par l'Autorité ou par la cour compétente de statuer sur le recours en excès de pouvoir est une condition de l'indemnisation (art. 373 par. 2). L'annulation n'est pas requise au cas de l'article 370 (quand la nullité du contrat n'est pas déclarée pour de raisons d'intérêt général), ainsi qu'au cas de l'article 371 par. 2 (quand l'Autorité en prenant en compte le stade de l'exécution du contrat, la sévérité de la violation et du comportement du pouvoir adjudicateur déclare la nullité que de la partie du contrat qui n'a pas encore été exécutée) et de l'article 372 part. 7 (quand avant la conclusion du contrat la procédure de passation a été suspendue par décision de l'Autorité ou par décision sur une demande de sursis ou par ordonnance) ou généralement quand l'acte ne peut pas être annulé par une décision juridictionnelle pour des raisons qui ne sont pas liées à des omissions de l'intéressé.

En droit français, les concurrents évincés, lorsqu'ils ont été illégalement écartés d'une procédure, peuvent faire valoir leurs droits sur le terrain indemnitaire en exerçant une action en responsabilité quasi-délictuelle au titre de la perte de chance (CE 18 juin 2003, Gpt. Entr. Solidaires ETPO Guadeloupe, no 249630, CMP 2003, comm. 171, F. Olivier) ou en exerçant un recours en contestation de validité du contrat en l'assortissant de conclusions indemnitaires. La responsabilité de l'Administration est engagée dans les conditions du droit commun lorsque trois conditions sont réunies¹³⁹ (une faute, un préjudice, un lien de causalité¹⁴⁰). Il faut aussi adresser au préalable – sous peine d'irrecevabilité – une demande d'indemnisation à l'Administration. Ils ne sont dispensés de cette demande que lorsque le litige porte sur des travaux publics (CJA, art. R. 421- 1).

On trouve en droit français comme en droit grec une différenciation de l'indemnisation en fonction du degré de la chance d'obtenir le marché, mais ce raisonnement a été en France évolué par la jurisprudence.

La jurisprudence distingue trois hypothèses, correspondant à trois degrés de certitude du préjudice né de l'éviction (CE 27 janv. 2006, Cne d'Amiens, no 259374, BJCP no 45, p. 97, concl. N. Bou-louis ; CMP 2006, comm. 104, J.- P. Pietri, Dr. adm. 2006, comm. 57, A. Menemenis).

a) Si le candidat était dépourvu de toute chance d'obtenir le contrat (son offre aurait, en tout état de cause, été écartée), il ne peut prétendre à aucune indemnité (CE 15 fév. 2013, Cne de Monéteau, no 364203 ; CE 8 oct. 2014, SIVOM St- François- Longchamp Montgellafrey, no 370990 et 374632, CMP 2014, comm. 327, P. Devillers).

b) Si le candidat n'était pas dépourvu de toute chance d'obtenir le contrat, il peut prétendre au remboursement des frais qu'il a utilement engagés pour présenter son offre (CE 19 déc. 2012, no 355139, Simon, CMP 2013, comm. 50).

¹³⁹ Hoepffner H., *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, 2016, p. 559

¹⁴⁰ V. à titre indicatif CE, 6 oct. 2017, Sté Cegelec Sud-Ouest, req. 395268

c) Si le candidat avait des chances sérieuses d'emporter le contrat, « il a le droit d'être indemnisé de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre, lesquels n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique » (CE 18 juin 2003, no 249603, préc.).

Le problème logique qui se pose est que le juge, pour identifier la perte de chance d'obtenir un contrat, se limite à la comparaison des offres de l'attributaire et du requérant. Il ne procède pas à l'analyse de l'ensemble des offres. Cela pourrait aboutir à des actions en indemnisation successives où plusieurs requérants obtiendraient une indemnisation.

2. Indemnisation et principe de légalité au droit des contrats administratifs

L'indemnisation ne peut à aucun cas substituer au contrôle objectif de légalité et à la possibilité de demander l'annulation des actes qui faussent la concurrence. L'efficacité du recours indemnitaire est limitée. Le principe de l'État de droit, qui comporte le principe de légalité et le droit à un recours effectif ne permet pas la préservation d'une violation sous la condition de l'indemnisation de la personne lésée, sous le prétexte de l'intérêt général ou de la stabilité des liens contractuels.

Comme démontré dans ce mémoire, le respect de la concurrence libre est graduellement introduit au bloc de légalité. La protection de la concurrence libre impose en premier lieu le rétablissement du bon fonctionnement du marché surtout par le biais de l'annulation des actes qui la faussent. Si les concurrents évincés sont dépourvus de moyens pour contester la validité de tels actes, la concurrence et le marché ne peuvent pas fonctionner dans des conditions saines, qu'assure un contrôle objectif.

Pour les concurrents évincés eux-mêmes et leur droit à un recours efficace, le refus d'accès à d'autres recours que le recours indemnitaire pose un problème pour leur droit à une protection efficace¹⁴¹, car l'intérêt d'une entreprise ne repose pas seulement sur la réparation des dommages, mais aussi sur le fonctionnement continu dans un marché sain.

Cela étant, le choix du législateur grec d'exiger l'annulation de l'acte au préalable (v. la disposition relative de l'art. 2 par. 6 de la directive 2007/66) paraît juste et en conformité avec cette logique.

¹⁴¹ Dans l'affaire Alcatel Austria (CJCE, 28 octobre 1999 : Alcatel Austria, aff. C-81/98, Rec. CJCE, p. I-7671, in RDI, 2001, p. 165, note F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX) la question posée par une juridiction autrichienne a conduit la Cour à exiger que la décision d'attribution d'un marché fasse l'objet d'un recours au sens de la directive. La principale difficulté venait de ce que la législation nationale en cause distinguait insuffisamment la décision d'attribution du marché et la signature de celui-ci. Or, les mesures de publicité n'étant prescrites qu'à l'égard de la conclusion du contrat, les tiers n'avaient, en pratique, d'autre choix que d'exercer un recours en dommages et intérêts. La compensation s'avérait donc peu satisfaisante, compte tenu notamment des difficultés que pouvait éprouver une entreprise évincée dans la démonstration de l'étendue exacte de son préjudice et du lien de causalité avec la violation du droit communautaire.

Conclusion

Pour conclure, il convient de constater que l'intensité de l'influence du droit communautaire aux ordres juridiques des États membres, est évidente. Cette influence est exprimée surtout vers la direction de la projection et la promotion, aux ordres juridiques des États membres, des constructions juridiques et des structures d'origine communautaire, ainsi que vers la direction d'homogénéisation des systèmes de protection juridictionnelle.

Malgré les difficultés théoriques de l'application directe du droit de la concurrence de l'Union Européenne aux contrats administratifs, il est incontestable que la protection de la concurrence est le point de jonction du droit de la concurrence et du droit des contrats administratifs. Les principes de la libre circulation et de la concurrence non-faussée, les points de jonction de ceux deux domaines de droit, sont les principes structurels du marché commun, mais aussi d'un point de vue subjectif, les formes fondamentales de la liberté économique dont jouissent les particuliers dans l'ordre public européen face au pouvoir public.

En ce qui concerne le droit à la protection juridictionnelle, il est déjà évident que les mécanismes de la protection juridique des États membres sont subordonnés à l'influence dynamique du droit communautaire. La Cour de justice de l'Union européenne, par sa jurisprudence, a procédé premièrement à la reconnaissance du droit et par la suite il a tenté à l'harmonisation des conditions procédurales de la protection dispensée, en contribuant à l'homogénéisation des mécanismes procéduraux.

Le point culminant de l'effet du droit communautaire est l'ingérence du législateur communautaire, sous l'adoption des Directives « recours », qui non seulement comblent les lacunes du droit interne, mais aussi procèdent à l'unification des mécanismes procéduraux des États membres.

Pour la reconnaissance des droits en faveur des opérateurs économiques qui revendiquent la délégation d'un contrat public, mais aussi pour les tiers non contractants concurrents, les directives « recours » ont imposé aux États membres d'activer les mécanismes d'introduction de recours efficaces et rapides pour les contrats publics en cas de violation du droit européen dérivé, ou des dispositions nationales de transposition dans les ordres juridiques nationaux. L'existence d'une série des insuffisances aux mécanismes établis aux États membres, n'ont pas permis en premier temps la réalisation des objectifs de ces directives. Entre ces insuffisances,

on peut réléver des lacunes à la réglementation par le droit interne des actes non règlementés par les directives matérielles, des décisions non susceptibles de recours selon la réglementation nationale, l'absence d'un délai minimal entre la décision d'attribution et la signature du contrat, la problématique des recours préalables au fond, l'encadrement des recours préalables gracieux et les modifications apportées à un marché en cours d'exécution. Le droit de l'Union est intervenu pour affronter cette efficacité.

Comme modifiées, les directives « recours » ne sont pas limitées seulement à l'amélioration de mécanismes nationaux de recours subordonnés, pendant l'étape de passation des contrats publics, mais elles demandent de plus, l'établissement d'un nouveau recours qui permet la constatation du contrat après sa signature.

Comme il est démontré par le Conseil de l'État français dans son célèbre arrêt *Société Tropic Travaux Signalisation*, une refondation totale du mécanisme de contrôle des contrats publics devait être promotionnée, pour que les contractants et les tiers puissent mettre en question la validité des contrats publics ou de ses conditions particulières, ainsi que de tout acte d'exécution ou de modification de ces contrats. En France, depuis 2014, l'accès au prétoire semble largement ouvert aux tiers, qui disposent désormais d'un nouveau recours de plein contentieux, d'un recours en contestation de validité du contrat, dit recours Tarn-et-Garonne (CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994).

En Grèce, la loi 4412/2016, qui transpose les directives respectives de l'Union Européenne et qui a remplacé la loi 3886/2010, a modernisé la procédure de conclusion de contrats administratifs. L'innovation que la nouvelle loi a apporté est l'institution d'une Autorité indépendante des recours préalables. Une autre innovation de la nouvelle loi est le détachement de la protection provisoire de la protection définitive. Les points problématiques de cette invention sont d'une part la crainte d'un empêchement de la protection juridictionnelle immédiate des tiers par l'intervention d'une procédure antérieure obligatoire au sein de l'Administration et d'autre part, la possibilité de contester la validité du contrat que par cette voie et non pas par la voie du contentieux. Devant le juge, c'est que la décision de l'Autorité de ne pas annuler le contrat que le tiers peut contester. En revanche, le recours devant une Autorité indépendante est bien plus efficace que celui devant le pouvoir adjudicateur, sous le régime antérieur. Un autre point problématique consiste aux pouvoirs de l'Autorité, qui, au cas où elle reçoit un recours, elle ne peut faire autre d'annuler totalement ou partiellement l'acte (elle ne peut pas le modifier), bien que le contrôle qu'elle fait ne se limite pas seulement à la légalité de l'acte, mais concerne aussi le fond.

En général, on pourrait dire que le nouveau système grec contribue à ce que devant le juge sont apportés seuls les cas pour lesquels les sujets techniques et concernant les faits réels ont été clarifiés.

Bibliographie

Bibliographie grecque

- *Chatzigiannakis V.*, L'intérêt à agir de l'offrant dans une procédure de conclusion de contrat public-La notion du définitivement évincé, *Revue de droit public et de droit administrative*, 2019, p.14
- *Dagtolou P.*, *Contentieux administratif*, Sakkoulas, 2014
- *Dellis G.*, Le principe du respect de la concurrence en droit public existe en vérité, *Applications de droit public*, 2008, p.865
- *Kalonomos C., Parlatza R.*, L'intérêt à agir du candidat évincé la procédure concurrentielle des contrats administratifs à la Lumière des arrêts actuels de la CJUE et du CE, *Applications de droit public* 2019, p.10
- *Ktistaki S.*, *Droit de la concurrence et service public dans le cadre de l'intégration européenne*, Justice Hellénique, 1995, p.1479
- *Ligomenou A.*, Certains aspects de la jurisprudence de la Cour de comptes sur la libre concurrence dans les marchés publics, *Théorie et Pratique du droit administratif*, 3/2015, p.193
- *Marinos M.Th.*, *Droit de la concurrence, droit de concours administratifs et protection des secrets d'affaires*, *Théorie et pratique du droit administratif*, 2011, p.1
- *Mazos I.*, Protection juridictionnelle devant le Conseil d'Etat en matière de contrats administratifs, in *Loi no 4412/2016, Approche jurisprudentielle et Application pratique*, *Bibliothèque juridique*, 2019, p. 499
- *Moukiou Ch.*, *Transparence, intégrité et loyauté aux contrats administratifs, l'assimilation progressive du soft law international au niveau des marchés publics*, *Bibliothèque Juridique*, 2018
- *Panagos Th.*, *L'intérêt général et la concurrence dans les contrats publics : tendances contemporaines*, *La Constitution*, 2010, p.457
- *Papatheodorou I.*, Les principes jurisprudentiels qui régissent la procédure d'appel d'offres du Secteur Public, *Théorie et Pratique du droit administratif*, 2008, p.1171
- *Raikos D.*, *Droit des contrats publics*, A.N. Sakkoulas, 2017
- *Synodinos Ch.*, *L'application des dispositions du droit de la concurrence au marché de l'énergie*, *Applications de droit public*, 2008, p.941

- *Trova H., Skouris P.*, Le droit européen des contrats publics, A.N. Sakkoulas, 2009
- *Verras N.*, Recours en indemnisation. Interaction et conflits avec la procédure administrative, Applications de droit public, 2008, p.971
- *Yannakopoulos C.*, La protection du droit de la concurrence dans l'exécution des contrats administratifs, A.N Sakkoulas, 2006
- *Yannakopoulos C.*, Le juge administratif et la modernisation du droit des contrats publics, Applications de droit public, 2004, p.427
- *Yannakopoulos C.*, Le contentieux nouveaux des contrats publics : une autre opportunité perdue, Journal de droit public, 2010, p.595
- *Yannakopoulos C.*, Le recours de tiers contre un contrat public : un revirement étonnant de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui contient les développements du droit européen, Contrats publics et travaux, 2007, p.33

Bibliographie française

- *Amilbat M.*, Le code, les principes fondamentaux et la notion de commande publique — AJDA 2019. 793
- *Auby J.-B.*, L'influence du droit européen sur les catégories du droit public, Dalloz (collection : Thèmes et commentaires), 2010, p.680
- *Batot Steeve*, “ Les rapports juridiques entre les droits interne et communautaire dans le contentieux des contrats de la commande publique”, mémoire dans le cadre du Master 2 "droit public fondamental" 2008, Université Robert Schuman Strasbourg 3
- *Bazex M.*, Le droit public de la concurrence, RFDA 1998, p.781
- *Bazex M., Blazy S.*, La sanction des pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics, commentaire sur l'arrêt du Conseil Constitutionnel, 30.9.2003, no.3 D-46, DA 12, décembre 2003, p.25
- *Bazex M., Blazy S.*, La réparation des dommages créés par des comportements anticoncurrentiels en matière de contrats administratifs, DA 2, février 2005, comm.15
- *Bréchon-Moulènes Ch.*, La place du juge administratif dans le contentieux économique public, AJDA 2000. 679
- *Brisson J.-F.*, Les offres du secteur public marchand, in F. Lichère (sous la direction), Le nouveau droit des marchés publics, Edition L'Hermès, Lyon, 2004
- *Caillosse J.*, Le droit administratif contre la performance publique ? AJDA 1999, p. 195

- *Chérot J.-Y.*, Les méthodes du juge administrative dans le contentieux de la concurrence, AJDA 2000, p.687
- *Delvolvé P.*, Le contentieux des contrats publics en Europe, RFDA 2011.31
- *Durviaux L.*, Chronique Droit européen des marchés et autres contrats publics - L'impossibilité de modifier une offre après le délai imparti — RTD eur. 2018. 374
- *Fallon D.*, « Précisions sur le droit constitutionnel au procès équitable », in Revue française de droit constitutionnel, n° 86, 2011/2, p. 276.
- *Guézou O.*, Contrats publics et politique de la concurrence, RFDA 2014.632
- *Gonod, Melleray, Yolka*, Traité de droit administrative, Tome 2, Dalloz (collection : Traités Dalloz), 2011, p.217
- *Hoepffner H.*, Droit des contrats administratifs, Dalloz, 2016, p.358-366,536-593
- *Idot L.*, L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat, RDC 2004, p.882
- *Jury F.*, Les droits des tiers dans le contentieux des contrats administratifs : un droit au juge en « trompe-l'œil », RFDA 2019. 55
- *Katz D.*, Juge administratif et droit de la concurrence, Presse universitaire d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 2004
- *Laffaille F.*, La jurisprudence Tarn-et-Garonne ou le tiers « sans qualité », AJDA 2018. 1201
- *Lantero C.*, Sécurité juridique et mutation des annulations platoniques AJDA 2019. 1100
- *Le Bot O.*, Le guide des référés et des autres procédures d'urgence devant le juge administratif, Dalloz, 2017
- *Michel Jérôme*, Police administrative et droit de la concurrence, AJDA 2005.77
- *Lepron F.*, Le contentieux des contrats publics d'affaires, AJCA 2015.159
- *Linditch Fl.*, Le droit des marchés publics, Dalloz, 2016
- *Mague C.*, La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics, in Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Dalloz, 2004, p.609
- *Marcus L.*, L'unité des contrats publics, Dalloz (collection : Nouvelle Bibliothèque des thèses), 2010
- *Ménéménis Al.*, Le juge administratif et le contrat : libres propos sur un agenda chargé, in Mélanges en l'honneur d'Etienne Fatôme, Dalloz, 2011

- *Noguellou R.*, Les catégories des contrats administratifs, Dalloz (collection : Thèmes et commentaires), 2010
- *Orsoni G.*, Contrats publics. Contestation par des tiers, RTD com. 2014.335
- *Pactean B.*, Quel retentissement de l'annulation d'un acte détachable sur la validité du contrat auquel cet acte se rapporte ? CJEG, 1991, p.115
- *Ponyaud D.*, Les mutations contentieux de la validité des contrats, in Mélanges en l'honneur de Didier Truchet, Dalloz, 2015, p.541
- *Richer L. – Jeanneney P.-A. – Charbit N.* – Actualités du droit de la concurrence et de la régulation AJDA 2004. 1508
- *Rolin F.*, Du recours pour excès de pouvoir de l'Etat légal à la protection des intérêts subjectifs dans l'Etat contemporain : quelques réflexions critiques sur l'arrêt Département de Tarn et Garonne, RD publ. 2014. 1198
- *Rosa (de la) St.*, Droit européen de la commande publique, Éditions Bruylant, Bruxelles, 2017
- *Rotoullié J.-Ch.*, Le recours Tarn-et-Garonne, une voie de droit à l'effectivité limitée, AJDA 2019. 412
- *Rotoullié J.-Ch.*, Sécurité juridique et tolérance des illégalités, AJDA 2019. 1094
- *Sourzat L.*, Appréciation d'une mesure d'annulation d'une concession d'aménagement et de ses effets à l'égard de l'intérêt général, AJDA 2019. 1459
- *Yannakopoulos C.*, Le contentieux des contrats publics en Europe, RFDA 2011.31
- *Yannakopoulos C.*, Chronique Jurisprudences nationales intéressant le droit de l'Union européenne - Le droit de recours des soumissionnaires non définitivement exclus : « le Conte de deux cités », RTD eur. 2019. 214

Sites Internet

- 1) <https://droit-des-contrats-publics.efe.fr/2017/10/27/les-nouveaux-recours-des-tiers-contre-les-contrats-administratifs/>
- 2) <https://droit-des-contrats-publics.efe.fr/2019/01/07/mettre-fin-a-lexecution-dun-contrat-de-marche-public/>
- 3) <https://www.legitima.fr/le-blog/99-avocat-administratif-les-contentieux-au-fond-en-matiere-de-contrats-administratifs-chnagez-vos-habitudes.html>
- 4) <https://studylibfr.com/doc/6217890/le-contentieux-contractuel>

- 5) <https://marches-publics.legibase.fr/actualites/evenement/le-conseil-detat-ouvre-aux-tiers-un-contrat-78643>
- 6) <https://chevaliersdesgrandsarrets.com/2012/08/27/recours-tiers-contrat-administratif/>
- 7) <https://books.google.de/books?id=8TScDgAAQBAJ&pg=PT161&lpg=PT161&dq=les+directives+2014/24+et+2014/25+protection+des+tiers&source=bl&ots=8dbQKYL7Ev&sig=ACfU3U1LaLr23b1y5yjiPxuZOfVSLyA2vw&hl=de&sa=X&ved=2ahUKEwjY357M26fjAhUuwqYKHSJuBp0Q6AEwBnoECAkQAQ#v=onepage&q=les%20directives%202014%2F24%20et%202014%2F25%20protection%20des%20tiers&f=false>
- 8) <https://groupemontesquieu.blogspot.com/2017/06/contrat-administratif-vous-avez-dit-le.html>
- 9) <http://www.dspatras.gr/index.php/sinedria/item/5557-6o-etisio-epistimoniko-synedriotis-enosis-ellinon-dimosiologon-eed-patra-12-13-4-2019.html>
- 10) <http://dimosiodikaio.gr/>
- 11) https://www.didaktorika.gr/eadd/simple-search?query=%CE%94%CE%97%CE%9C%CE%9F%CE%A3%CE%99%CE%95%CE%A3+%CE%A3%CE%A5%CE%9C%CE%92%CE%91%CE%A3%CE%95%CE%99%CE%A3&sort_by=0&order=DESC&rpp=10&etal=0&start=0
- 12) <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2007/09/12/le-recours-direct-des-tiers-contre-le-contrat-administratif/>
- 13) <https://coursdedroit.wordpress.com/2016/11/18/cours-de-droit-des-contrats-administratifs/>
- 14) https://lexis360.lexisnexis.fr/droit-document/fascicules/jcl-administratif/804_EG_ADO_464804CH_1_PRO_074992.htm#.XS7UusuQUmhc
- 15) <https://www.sebastien-palmier-avocat.com/recours-exces-de-pouvoir-tiers-contre-actes-detachables-contrat-nest-mort/>
- 16) <https://www.memoireonline.com/11/08/1623/Les-rapports-juridiques-entre-les-droits-interne-et-communautaire-dans-le-contentieux-des-contrats-d.html#fn56>
- 17) <http://www.boda-avocat.com/index.php/k2/item/172-refus-d-etendre-le-recours-beziers-ii-aux-decisions-refusant-de-renouveler-un-contrat-administratif>

Table des matières

Table des matières

Remerciements	4
Sigles et abréviations	5
Sommaire	6
Introduction	7
Chapitre 1 – Les fondements de la protection des tiers	9
Section 1- Le droit au respect de la concurrence	9
A. La protection directe de la concurrence	9
B. La protection indirecte de la concurrence	18
Section 2-Le droit à une protection juridictionnelle	24
A. Les dispositions des textes législatifs	24
B. Quelques problèmes concernant l’application des dispositions à la protection des tiers contre les irrégularités des contrats administratifs	28
Chapitre II : Les tiers devant le juge	35
Section 1-Accès au juge	35
A. Les recours.....	35
B. L’intérêt à agir-sujets contemporains	46
Section 2-Les résultats de l’exercice des recours.....	53
A. L’impact sur le contrat.....	53
B. La réparation	54
Conclusion	57
Bibliographie	60
Table des matières	65

La contestation juridictionnelle par les tiers de la validité du contrat administratif- étude comparative du droit grec et du droit français

Résumé : Le mémoire élabore une étude comparée entre la France et la Grèce en matière des voies ouvertes aux tiers pour contester la validité des contrats administratifs. Dans un premier temps on a tenté à définir le cadre des principes fondamentaux qui justifient les provisions qui garantissent une protection juridictionnelle efficace. On a donc présenté le droit à la protection de la concurrence et le droit à un procès équitable et efficace avant de présenter les recours précis dont disposent les tiers pour contester la validité des contrats administratifs en droit grec et en droit français d'une façon comparative tout en montrant l'influence du droit de l'UE.

Mots-clés : Contrats administratifs, contestation de la validité, tiers, référé précontractuel, référé contractuel, concurrence, droit français, droit grec, protection provisoire, protection définitive

Master 2 Franco-Hellénique Droit public spécialisé

Université de Bordeaux