

Guide du contentieux de la commande publique

Préface de Daniel Labetoulle

Référés – Infractions pénales – Pratiques anticoncurrentielles

Sous la direction de
Christophe Cabanes



EDITIONS

LE MONITEUR

Le référé précontractuel

Depuis 1992, conformément aux directives européennes dites « recours », le référé précontractuel permet aux opérateurs économiques et à certains tiers intéressés de saisir le juge administratif, avant la signature d'un contrat de la commande publique pour sanctionner les éventuels manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquels ce type de contrat est soumis, à un stade où ils peuvent encore être corrigés.

Comme l'indique le Conseil d'État dans une publication du 21 mai 2019 consacrée au juge administratif et à la commande publique, « il s'agit de donner ainsi sa pleine effectivité à l'intervention du juge en favorisant la prévention, en amont, des manquements aux règles de passation des contrats de la commande publique, avant que la relation contractuelle soit installée et que le contrat ne commence à être exécuté ».

En effet depuis une trentaine d'années, le référé précontractuel en mettant à disposition des candidats une procédure nouvelle, rapide et relativement efficace de faire valoir leur droit à un traitement équitable de leur offre, a beaucoup contribué au regain d'intérêt et au donc au développement du contentieux dans le domaine des contrats publics.

1.1 Les conditions de recevabilité

1.1.1 Champ d'application matériel

Conformément à l'article L. 551-1 du Code de justice administrative, le référé précontractuel ne peut être introduit qu'à l'encontre des procédures de passation des « 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, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique », c'est-à-dire à l'encontre des procédures de passation des contrats de la commande publique – marchés publics et concessions,

au sens des articles L. 1111-1 et L. 1120-1 du Code de la commande publique – à l'exclusion de tout autre montage contractuel, si l'on fait exception du cas particulier des procédures menées en vue de la désignation du coactionnaire privé de l'administration dans le cadre d'une SEMOP.

La principale exclusion du champ d'application matériel du référé précontractuel concerne ainsi les conventions d'occupation temporaire du domaine public, qui ne sont pas – sauf requalification par le juge – au nombre des contrats dont la procédure de passation est contrôlée par le juge du référé précontractuel, même si elles peuvent pour certaines n'être attribuées qu'à la suite d'une procédure de publicité et de mise en concurrence⁽¹⁾ qui présente d'importants points communs avec celles organisées en matière de commande publique⁽²⁾.

REMARQUE

Le juge administratif n'est compétent que pour connaître des recours en référé précontractuel dirigés contre les procédures de passation des contrats de la commande publique qui ont la qualité de contrats administratifs, c'est-à-dire des contrats de la commande publique conclus par des « personnes morales de droit public »⁽³⁾.

Pour les contrats de la commande publique conclus par des personnes morales de droit privé (par exemple : SEM, SPL, etc.), le juge judiciaire dispose d'une compétence exclusive⁽⁴⁾.

Même si les référés précontractuels devant le juge judiciaire sont relativement rares, la Cour de cassation a rendu d'intéressants arrêts qui sont pour l'essentiel en concordance avec la jurisprudence du juge administratif, à l'instar de la décision « SMIRGEOMES » du Conseil d'État qu'elle a transposée au contentieux judiciaire⁽⁵⁾.

Le référé précontractuel devant le juge judiciaire présente un intérêt tout particulier pour les candidats évincés qui ne peuvent pas en principe, contrairement à ce qui existe en matière administrative, saisir le juge d'une requête tendant à la contestation de validité du contrat, une fois celui-ci signé.

Focus : Vers une unification du contentieux de la commande publique ?

Le projet de loi portant simplification de la vie économique déposé au Sénat le 24 avril 2024 prévoyait une unification du contentieux de la commande publique, le Gouvernement proposant de modifier l'article L. 6 du Code de la commande publique aux fins que celui-ci indique que tous les contrats passés en application du code soient qualifiés de contrat administratif, ce qui aurait donné une compétence exclusive au juge administratif pour connaître des contentieux liés à la passation et à l'exécution desdits contrats.

Cette disposition a toutefois été supprimée par le Sénat en première lecture, suivie sur ce point par l'Assemblée nationale.

Si le texte est toujours en discussion au Parlement, l'unification du contentieux de la commande publique ne semble plus vraiment être à l'ordre du jour, ce qui a pu parfois être critiqué par la doctrine, qui estime – sans doute à juste titre – qu'il serait pertinent que le juge administratif dispose d'un bloc compétence pour connaître à titre exclusif des contentieux liés à la passation et à l'exécution des contrats soumis au Code de la commande publique.

(1) CGPPP, art. L. 2122-1-1.

(2) CE 14 février 2017, Société de manutention portuaire d'Aquitaine et Grand Port Maritime de Bordeaux, n° 405157 et 405183.

(3) CCP, art. L. 6.

(4) Code de procédure civile, art. 1441-1 à 1441-3-1.

(5) Cass. com. 23 octobre 2012, n° 11-23.521.

1.1.2 Intérêt à agir

L'article L. 551-10 du Code de justice administrative indique que les personnes habilitées à agir en référé précontractuel, dispensées du ministère d'avocat, sont :

- celles qui ont un « intérêt à conclure le contrat » ;
- le préfet, pour les contrats conclus par les collectivités territoriales et leurs groupements.

1.1.2.1 Personnes ayant un intérêt à conclure le contrat

Candidats évincés (oui). Les opérateurs ayant participé à la procédure de mise en concurrence et dont la candidature ou l'offre a été rejetée justifient par principe d'un intérêt à conclure le contrat et sont donc recevables à saisir le juge du référé précontractuel⁽⁶⁾.

Opérateur ayant vocation à exécuter le contrat (oui). La participation préalable à la procédure de passation ne constitue pas une condition impérative pour justifier d'un intérêt à agir en référé précontractuel, qui est apprécié assez largement par le juge puisque tout opérateur économique, même s'il n'a pas fait acte de candidature ou remis d'offre, justifie d'un intérêt à agir devant le juge du référé précontractuel si sa spécialité est en rapport avec l'objet du marché ou si, compte tenu de son domaine d'activité, il peut justifier avoir vocation à exécuter le contrat mis en concurrence⁽⁷⁾. L'absence de participation à la procédure a néanmoins des conséquences importantes quant aux moyens susceptibles d'être soulevés par la partie requérante (voir *infra*).

Membre d'un groupement d'entreprises candidat (oui). Une entreprise membre d'un groupement ayant présenté une candidature ou une offre, même si elle n'est pas mandataire dudit groupement, justifie d'un intérêt à agir en référé précontractuel, y compris en son seul nom personnel⁽⁸⁾.

Sous-traitant (non). En revanche, dans la mesure où il n'a pas vocation à conclure directement le contrat, le sous-traitant potentiel d'un opérateur ayant remis une candidature ou une offre ne justifie en principe pas d'un intérêt à agir devant le juge du référé précontractuel⁽⁹⁾.

Attributaire du contrat (non). L'opérateur qui a été désigné attributaire du contrat n'a pas intérêt à agir en référé précontractuel⁽¹⁰⁾.

Autres tiers (non). Les ordres professionnels qui interviennent pour la défense des intérêts de leurs membres n'ont pas vocation à conclure directement le contrat mis en concurrence et ne sont donc pas recevables à former un référé précontractuel⁽¹¹⁾. Il en va de même des élus qui sont membres de l'organe délibérant de la collectivité acheteuse⁽¹²⁾.

(6) CE 19 mars 1997, *Ministre de l'Agriculture c/ Société Bull*, n° 171140.

(7) CE 8 août 2008, *Région Bourgogne*, n° 307143 ; CE 29 avril 2015, *Syndicat de valorisation déchets de la Guadeloupe*, n° 386748.

(8) CE 18 juin 2010, *Commune Saint-Pal-de-Mons*, n° 337377.

(9) TA Nancy, ord. 24 juin 2021, *Société Autocars Bonnard*, n° 2101641.

(10) CE 23 décembre 2011, *Département de la Guadeloupe*, n° 350231.

(11) CE 16 décembre 1996, *Conseil régional ordre des architectes Martinique*, n° 158234.

(12) TA Rennes 31 mars 1994, *Becam*, n° 94257.

1.1.2.2 Préfet

L'article L. 551-10 du Code de justice administrative prévoit que le référé précontractuel est ouvert au représentant de l'État dans le cas où le contrat est conclu par une collectivité territoriale, un groupement de collectivités territoriales ou un établissement public local.

En pratique, les préfets usent peu de cette faculté et privilégient le déféré préfectoral de droit commun, devant le juge du fond, pour demander soit la résiliation, soit l'annulation du contrat, une fois celui-ci signé.

1.1.3 Délai pour agir

Le référé précontractuel peut être intenté à tout moment de la procédure, entre la publication de l'avis d'appel public à la concurrence et la signature du contrat.

Un recours intenté trop tôt, c'est-à-dire avant la publication de l'AAPC (par exemple, après que la personne publique a délibéré sur le choix du mode de gestion) est rejeté comme étant irrecevable par le juge⁽¹³⁾.

Symétriquement, la requête en référé précontractuel est jugée irrecevable lorsque la conclusion du contrat intervient avant la saisine du juge⁽¹⁴⁾.

Si la signature du contrat intervient en cours d'instance, la requête devient sans objet et le juge doit prononcer un non-lieu⁽¹⁵⁾.

Afin de permettre aux opérateurs dont la candidature ou l'offre aurait été rejetée de saisir le juge du référé précontractuel, le Code de la commande publique prévoit qu'un délai minimal de onze jours doit être respecté entre la notification au candidat de son éviction et la signature du marché (délai de *standstill*). Ce délai, qui est porté à seize jours lorsque la notification n'a pas été transmise par voie électronique, doit être respecté uniquement en procédure formalisée et n'est pas applicable aux procédures adaptées⁽¹⁶⁾.

La computation de ce délai s'opère de date à date⁽¹⁷⁾. Ainsi, si un candidat est informé de son éviction le 11 du mois, le délai de *standstill* expire le 21 du même mois à 23 h 59, le contrat pouvant donc être valablement signé le 22, date à laquelle le recours en référé précontractuel n'est plus recevable si le contrat est effectivement signé.

Dans l'hypothèse où la signature du contrat intervient en méconnaissance des règles applicables, soit pendant le délai de *standstill*, soit après que le juge du référé précontractuel a

(13) Par ex. : TA Mayotte 6 mars 2025, n° 2500211.

(14) CE 3 novembre 1995, Société Stentofon, n° 152650 ; CE 3 novembre 1995, CCI de Tarbes et des Hautes-Pyrénées, n° 157304 ; CE 3 juin 1996, Société SNT, Société Bouygues, n° 154731 ; CE 26 mai 1999, SA Steelcase Strafor, n° 172803 ; CE 1^{er} octobre 1999, Société d'Exploitation du centre cardiologique du Nord, n° 204166 ; CE 7 mars 2005, Société Grandjouan-Saco, n° 270778 ; CE 6 avril 2007, Communauté de communes du Pays Chaumontais, n° 295641.

(15) CE 15 avril 1996, SARL Simone Ginibre Enterprise, n° 159871.

(16) CE 31 octobre 2017, Société MB terrassements bâtiments, n° 410772.

(17) CE 2 août 2011, n° 347526.

été saisi, le recours en référé précontractuel reste irrecevable mais le requérant dispose de la faculté de le transformer, en cours d'instance, en référé contractuel⁽¹⁸⁾.

Tant que le contrat n'est pas signé, le requérant peut agir en référé précontractuel et dispose même de la faculté d'intenter plusieurs actions consécutives⁽¹⁹⁾.

Le tribunal administratif de Lyon a récemment jugé que s'il est possible de saisir plusieurs fois le juge du référé précontractuel d'une requête dirigée contre la même procédure de passation, c'est à la condition de faire valoir des moyens nouveaux. Un requérant ne peut ainsi déposer consécutivement plusieurs requêtes ayant le même objet et reposant sur les mêmes moyens :

JURISPRUDENCE

TA Lyon 17 septembre 2025, Sté DBS, n° 2510865

« 3. Par une ordonnance n° 2510061 du 28 août 2025, le juge des référés du tribunal administratif de Lyon a rejeté une première demande de la société DBS présentée sur le fondement de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative et tendant à l'annulation au stade de l'examen des offres de la procédure engagée par la métropole de Lyon pour l'attribution du lot n° 1 de l'accord-cadre ayant pour objet la gestion globale de nettoyage des quartiers de la Duchère, de Saint-Rambert et de l'Industrie, dans le 9^e arrondissement de Lyon. Si cette ordonnance n'est pas revêtue de l'autorité de la chose jugée, elle fait néanmoins obstacle à ce que, en l'absence de circonstances nouvelles ou de nouveaux moyens de droit, la société DBS présente à nouveau la même demande au juge des référés. La requête susvisée de la société DBS, qui ne se prévaut d'aucun changement des circonstances de fait ou de droit, lequel ne résulte pas davantage de l'instruction, tend aux mêmes fins, que sa première requête et repose sur les mêmes moyens. Par ailleurs, si la société requérante soutient que l'ordonnance n° 2510061 du 28 août 2025 serait entachée d'une erreur d'appréciation s'agissant de sa réponse aux besoins dans le secteur de Vaise, il lui appartient, si elle s'estime fondée à le faire, à se pourvoir en cassation contre cette ordonnance. Dès lors, les conclusions présentées par la société DBS sur le fondement de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative doivent être rejetées, de même par voie de conséquence, que ses conclusions à fin d'injonction ».

Focus : le difficile accès au juge du référé précontractuel en procédure adaptée

Ainsi qu'il a été dit, les dispositions du Code de la commande publique ne prévoient aucune obligation pour la personne publique de respecter un délai de *standstill* (CE 31 octobre 2017, Sté MB terrassements bâtiments, n° 410772), pendant lequel les opérateurs peuvent décider, en procédure formalisée, de saisir le juge du référé précontractuel. Le Conseil d'État vient en outre de rappeler que « pour les marchés passés selon une procédure adaptée, l'acheteur doit, dès qu'il décide de rejeter une offre, notifier ce rejet au soumissionnaire concerné, sans être tenu de lui notifier la décision d'attribution » (CE 2 octobre 2025, n° 501204). Cela signifie que dans ce type de procédure, le candidat évincé peut se voir notifier la décision de rejet de son offre après que la décision d'attribution, dont il ignore l'existence, a été prise, voire après que le contrat a été signé (ou à tout le moins, concomitamment à cette signature). Autrement dit, le candidat évincé peut régulièrement n'être informé de son éviction qu'à un stade auquel il ne peut plus être recevable à saisir le juge du référé précontractuel. Si elle existe en théorie, la faculté de saisir utilement le juge du référé précontractuel à l'encontre d'une procédure adaptée est donc, en pratique, quasi inexistante.

(18) CE 10 novembre 2010 France Agrimer, n° 340944 – voir le développement intitulé « Le référé contractuel ».

(19) CE 8 décembre 2020, Société Pompes funèbres funérarium Lemarchand, n° 440704.

8.1.2.2 Rechercher les causes et l'étendue des dommages survenant pendant l'exécution des travaux

La mission de l'expert peut, à l'initiative du demandeur et si l'ordonnance le prévoit, se poursuivre pour rechercher les causes et l'étendue des dommages qui surviendraient pendant la durée d'exécution des travaux.

Cette extension est jugée pertinente pour rechercher les causes et l'étendue des dommages, et pour proposer des solutions réparatrices si nécessaire.

Par exemple, le juge a considéré qu'il était pertinent de prévoir que la mission de l'expert se poursuive pendant la durée des travaux, afin de protéger les intérêts des parties concernées⁽⁴⁾.

8.1.3 Synthèse

Tab. 8.1. Synthèse du référé préventif

Thème	Contenu synthétique
Définition	Procédure judiciaire permettant de faire constater l'état des lieux avant des travaux pour prévenir d'éventuels litiges liés à des dommages.
Objectifs	– Prévenir les litiges – Établir une preuve objective de l'état initial – Permettre une indemnisation plus aisée – Préserver les droits des parties
Champ d'application	Travaux publics uniquement : – travaux exécutés pour une personne publique ; – travaux pour une personne privée assurant un service public
Conditions de recevabilité	– Existence d'une perspective contentieuse sérieuse – Absence de moyens alternatifs efficaces – Utilité de la mesure pour prévenir un contentieux
Différences avec les autres référés	– Pas besoin d'urgence – Pas nécessairement liée à une décision administrative préalable – Ne relève pas de l'article R. 532-2 du CJA
Limites du juge des référés	– Ne peut imposer un pré-rapport – Ne peut autoriser l'accès aux propriétés voisines ni ordonner de mesures de sauvegarde

(4) TA Bordeaux 3 juin 2024, n° 2403415 ; TA Bordeaux 10 décembre 2024, n° 2407449 ; TA Bordeaux 10 décembre 2024, n° 2407118 ; TA Lyon 27 novembre 2023, n° 2309590.

Thème	Contenu synthétique
Missions de l'expert	– Constater l'état des lieux avant travaux – Évaluer les immeubles affectés et avoisinants – Relever désordres ou malfaçons existants – Consigner les observations des parties
Fixation des frais	Par ordonnance du président de juridiction (CJA, art. R. 621-11) à la fin de chaque phase (constat puis dommages)
Utilité pratique	– Protège les constructeurs/démolisseurs contre des réclamations injustifiées – Permet de prouver que des désordres étaient antérieurs aux travaux – Rend l'expertise opposable si tous les intéressés sont attirés à la procédure
Prolongation de mission autorisée ?	Oui, si prévue dans l'ordonnance : la mission peut se poursuivre pour rechercher les causes et l'étendue des dommages pendant les travaux

8.2 Le référé constat : un outil précontentieux d'établissement de la preuve

Le référé constat, prévu à l'article R. 531-1 du Code de justice administrative, permet à toute personne intéressée de demander au juge administratif, en urgence, d'ordonner le constat de faits susceptibles de fonder un litige. Ce mécanisme répond à un objectif de préservation ou d'établissement de la preuve, en dehors ou en amont de toute procédure contentieuse.

Le juge administratif n'examine pas le fond du litige mais se limite à autoriser ou non un constat matériel, souvent réalisé par un expert désigné à cette fin.

Il convient d'étudier les conditions afin que le référé constat aboutisse avant d'examiner comment est traitée la requête en référé constat par le juge administratif et d'établir enfin quels sont les avantages et les inconvénients de cette procédure d'urgence.

8.2.1 Conditions

8.2.1.1 La constatation de faits susceptibles de motiver une action en justice

La condition première est la pertinence des faits à constater. Il faut que les faits dont le constat est sollicité soient de nature à fonder ou éclairer une action ultérieure devant le juge administratif. Cela implique :

- un lien potentiel entre les faits à constater et un futur litige administratif ;
- une utilité objective du constat : les faits doivent être susceptibles d'évoluer, de disparaître, ou être difficiles à établir ultérieurement.

Dans une décision en date du 13 mars 2019, le Conseil d'État a jugé qu'une mesure de constat ne présente pas de caractère utile si elle se rapporte à des faits révolus dont les conséquences ne peuvent plus être constatées à la date de la décision.

JURISPRUDENCE

CE 13 mars 2019, M. A., n° 418101

« 4. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que M. B... a été placé en détention provisoire à la maison d'arrêt d'Angers du 27 mai 2016 au 7 juin 2017. A cette dernière date, il a été transféré à l'unité hospitalière spécialement aménagée du centre pénitentiaire de Rennes pour une durée d'un mois avant de regagner la maison d'arrêt d'Angers à compter du 7 juillet 2017. En jugeant que la demande de M. B... tendant à la désignation d'un expert pour constater ses conditions de détention à la maison d'arrêt d'Angers ne revêtait pas un caractère utile au motif qu'à la date à laquelle la demande a été présentée l'intéressé ne se trouvait plus dans cette maison d'arrêt, le juge des référés de la cour administrative d'appel de Nantes a entaché son ordonnance d'une erreur de droit. »

Ainsi, une demande se rapportant à des faits révolus, dont les conséquences ne peuvent plus être appréciées à la date du constat, ne présente pas de caractère utile⁽⁵⁾ ;

– le constat ne doit pas être détourné de son but, par exemple à des fins purement médiatiques ou exploratoires.

EXEMPLE

Par exemple : constater l'état d'un immeuble menaçant ruine en vue d'un recours contre une collectivité territoriale qui n'a pas pris de mesures de sécurité.

Le référé constat ne permet pas de trancher un désaccord sur les faits ou sur leur portée juridique.

Il ne peut dès lors être mis en œuvre que si la demande ne soulève pas de contestation sérieuse :

- s'il y a un litige sérieux sur la nature des faits à constater, le juge peut rejeter la demande ;
- le juge ne doit pas avoir à apprécier le fond du litige ;
- le constat demandé ne doit pas impliquer une prise de position juridique par le juge des référés.

8.2.1.2 Une procédure de référé sans avoir à démontrer l'urgence de la demande

Le requérant n'a pas à démontrer l'urgence de sa demande.

Toutefois, le référé constat *suppose* une certaine forme d'urgence ou de risque de disparition des preuves :

- le juge doit être convaincu que le constat ne pourrait être utilement fait plus tard ;
- il peut être saisi à tout moment, même avant toute décision administrative, mais pas après que les faits aient disparu ;
- l'objectif est de préserver l'intégrité des éléments de preuve ou de photographier une situation avant qu'elle ne soit modifiée.

(5) Voir encore CE 28 septembre 2011, Garde des Sceaux, min. Justice et Libertés c/ Lévêque, n° 347585 ; CE 13 mars 2019, M. Pichard, n° 418102 ; *a contrario* : CE 28 septembre 2011, Garde des Sceaux, min. Justice et Libertés c/ Gallois, n° 345309.

8.2.1.3 Une procédure simplifiée sans ministère d'avocat

L'article R. 531-1 du Code de justice administrative précise expressément que la requête « peut être présentée sans ministère d'avocat ».

Ainsi, une personne physique ou morale peut saisir le juge des référés sans recourir à un avocat.

Mais si une partie souhaite interjeter appel d'une ordonnance rendue en référé constat, le ministère d'avocat devient obligatoire.

En effet, au terme de l'article R. 811-17 du Code de justice administrative, il est prévu que : « Les appels déposés devant la cour administrative d'appel doivent être présentés, à peine d'irrecevabilité, par un avocat ou un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation. ».

Cette obligation s'applique également aux appels formés contre les ordonnances rendues par les juges des référés des tribunaux administratifs, y compris en matière de référé constat : le Conseil d'État a confirmé cette interprétation dans une décision du 1^{er} décembre 2023, en précisant qu'aucune disposition du Code de justice administrative ne dispense du ministère d'avocat dans ce cas⁽⁶⁾.

8.2.1.4 Une requête simplifiée

La requête en référé constat peut être rédigée simplement. Ainsi que nous l'avons vu, elle peut déjà être présentée sans ministère d'avocat, ce qui simplifie la procédure pour le requérant.

Pour rédiger une requête en référé constat, il est important de :

- exposer clairement les faits que vous souhaitez faire constater ;
- justifier la nécessité de la constatation par un expert, si applicable ;
- assurer la notification immédiate aux défendeurs éventuels, en respectant le principe du contradictoire.

En suivant ces étapes, on peut structurer la requête de manière à répondre aux exigences légales conformément au modèle suivant :

(6) CE 1^{er} décembre 2023, n° 468973.

Tab. 8.2. Modèle de requête en référé constat

À l'attention de : Juge des référés du Tribunal administratif de [ville] Objet : Requête en référé constat – Article R. 531-1 du Code de justice administrative Présentation du demandeur 1. Les faits [Exposez clairement et chronologiquement les faits motivant votre demande.] 2. La nécessité d'un constat 3. Fondement juridique La présente requête est fondée sur l'article R. 531-1 du Code de justice administrative, qui dispose que : « Le juge des référés peut prescrire toute mesure utile d'instruction ou de constat même en l'absence de décision administrative, lorsque l'urgence le justifie et qu'aucune contestation sérieuse n'est soulevée. » 4. Demande Par ces motifs, je vous prie de bien vouloir : – ordonner un constat des faits susmentionnés par un expert désigné par le tribunal administratif ; – désigner un expert ou huissier de justice pour procéder audit constat. 5. Pièces jointes Fait à [ville], le [date] [Signature]
--

8.2.2 Le traitement de la demande par le juge des référés

Il sera préalablement rappelé qu'une demande de constat d'urgence peut interrompre le cours de la prescription quadriennale⁽⁷⁾.

(7) CE 8 décembre 1995, Société Sogéa, n° 138873, *Rec. CE* p. 434, infirmant CAA Nantes 30 avril 1992, Société Sogéa, n° 89NT00914, *Rec. CE* p. 523.

Contentieux financiers nés de l'exécution des contrats

11.1 Recevabilité

11.1.1 Demande préalable

11.1.1.1 Principe

En vertu de l'article R. 421-1 du Code de justice administrative :

TEXTE OFFICIEL

Code de justice administrative, art. R. 421-1

« la juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée.

Lorsque la requête tend au paiement d'une somme d'argent, elle n'est recevable qu'après l'intervention de la décision prise par l'administration sur une demande préalablement formée devant elle.

Le délai prévu au premier alinéa n'est pas applicable à la contestation des mesures prises pour l'exécution d'un contrat. »

En l'absence de notification d'une décision explicite de rejet, le silence gardé par l'administration durant deux mois fait naître une décision implicite de rejet. L'article R. 421-2 du Code de justice administrative précise à ce titre que :

TEXTE OFFICIEL

Code de justice administrative, art. R. 421-2

« Sauf disposition législative ou réglementaire contraire, dans les cas où le silence gardé par l'autorité administrative sur une demande vaut décision de rejet, l'intéressé dispose, pour former un recours, d'un délai de deux mois à compter de la date à laquelle est née une décision implicite de rejet. Toutefois, lorsqu'une décision explicite de rejet intervient avant l'expiration de cette période, elle fait à nouveau courir le délai de recours.

La date du dépôt de la demande à l'administration, constatée par tous moyens, doit être établie à l'appui de la requête.

Le délai prévu au premier alinéa n'est pas applicable à la contestation des mesures prises pour l'exécution d'un contrat. »

Il en résulte que toute action judiciaire doit nécessairement être précédée d'une demande préalable, et ce, même en matière de travaux publics, depuis la réforme introduite par le décret dit JADE n° 2016-1480 du 2 novembre 2016.

Il appartient au requérant de prouver que sa demande préalable a été dûment adressée à l'administration, ce qui implique, en cas d'envoi par mail, de pouvoir justifier d'un accusé d'enregistrement ou de réception, ou encore un rapport de suivi de courriel émis par le serveur informatique hébergeant l'adresse de contact de l'envoyeur mentionnant la délivrance au serveur hébergeant l'adresse de contact du destinataire⁽¹⁾.

Le recours contentieux est ensuite exercé **contre la décision de rejet** total ou partiel de la demande.

Il est toutefois permis aux parties à un contrat administratif d'organiser des règles procédurales spécifiques en matière de voies et délais de recours.

Le principe est ancien et en réalité d'application très courante s'agissant de la contestation des décomptes généraux, compte tenu de la référence faite à ce titre par les CCAG-Travaux successifs, à un délai de six mois pour saisir le juge administratif⁽²⁾.

Il en résulte que :

- la décision de rejet n'a pas à mentionner les voies et délais de recours, puisque le contrat les identifie⁽³⁾ ;
- si le contrat ne prévoit aucun délai, l'action peut être engagée sans délai, sous la seule réserve du délai de prescription décennale, aucun « délai raisonnable » n'étant applicable « aux recours tendant à la mise en jeu de la responsabilité d'une personne publique »⁽⁴⁾.

11.1.1.2 Moment de la demande préalable

En dépit du principe d'unicité et d'indivisibilité des décomptes, selon lequel « l'ensemble des opérations auxquelles donne lieu l'exécution d'un marché de travaux publics est compris dans un compte dont aucun élément ne peut être isolé et dont seul le solde arrêté lors de l'établissement du décompte définitif détermine les droits et obligations définitifs des parties »⁽⁵⁾, le juge peut être saisi en cours d'exécution du contrat⁽⁶⁾.

La notification en cours d'instance d'un décompte général qui n'a pas été contesté dans les formes contractuelles, décompte qui ne fait pas droit à la demande objet de l'instance en cours, lui fait perdre son objet, le Conseil d'État considérant que alors que « le décompte général du marché devient définitif, nonobstant l'existence d'un litige pendant devant le tribunal administratif »⁽⁷⁾.

À noter que le principe d'unicité des décomptes n'est pas d'ordre public et ne peut donc être retenu par le juge si l'administration ne l'oppose pas⁽⁸⁾.

(1) CE 22 avril 2024, M. B, n° 470460.

(2) CE 17 février 1978, Société Entreprise rhodanienne de constructions générales et Génie civil, n° 01522 ; CE 29 décembre 2008, M.A, Société Roussey, n° 296948 ; CE 18 septembre 2015, Société Avena BTP, n° 384523.

(3) CE 29 décembre 2008, Bondroit, n° 296948.

(4) CE 17 juin 2019, Centre hospitalier de Vichy, n° 413097.

(5) CE Sect., 23 juillet 1974, Ministre de l'Éducation nationale, n° 85465.

(6) CAA Paris 2 décembre 2016, Société Jacques Rougerie Architecte, n° 14PA02456, point 10.

(7) CE 24 octobre 1990, RIVP, n° 87327 et 88242.

(8) CE 3 novembre 2014, Société Bancillon BTP, n° 372040.

Par ailleurs, la condition imposant l'envoi d'une demande préalable « doit être regardée comme remplie si, à la date à laquelle le juge statue, l'administration a pris une décision, expresse ou implicite, sur une demande formée devant elle », de telle sorte que « l'intervention d'une telle décision en cours d'instance régularise la requête, sans qu'il soit nécessaire que le requérant confirme ses conclusions et alors même que l'administration aurait auparavant opposé une fin de non-recevoir fondée sur l'absence de décision »⁽⁹⁾.

11.1.1.3 Contenu et forme de la demande préalable

Si la jurisprudence administrative est traditionnellement libérale en matière de forme et contenu de la demande préalable, elle est progressivement devenue très restrictive en matière contractuelle.

Or, à défaut d'envoi d'un mémoire en réclamation en bonne et due forme, le décompte général ne peut alors, en vertu des CCAG, plus faire l'objet d'une contestation et tout recours contentieux est irrecevable⁽¹⁰⁾.

De la même façon, les CCAG autres que le CCAG-Travaux imposent la transmission d'un mémoire en réclamation dans un délai déterminé à l'issue de l'apparition d'un « différend »⁽¹¹⁾, à défaut de quoi toute requête ultérieure est entachée de forclusion.

Ce qui conduit le Conseil d'État à considérer qu'au regard de la rédaction des CCAG, « Un mémoire du titulaire du marché ne peut être regardé comme une réclamation (...) que s'il comporte l'énoncé d'un différend et expose, de façon précise et détaillée, les chefs de la contestation en indiquant, d'une part, les montants des sommes dont le paiement est demandé et, d'autre part, les motifs de ces demandes, notamment les bases de calcul des sommes réclamées »⁽¹²⁾.

Étant précisé que « si ces éléments ainsi que les justifications nécessaires peuvent figurer dans un document joint au mémoire, celui-ci ne peut pas être regardé comme une réclamation lorsque le titulaire se borne à se référer à un document antérieurement transmis au représentant du pouvoir adjudicateur ou au maître d'œuvre sans le joindre à son mémoire »⁽¹³⁾.

Le Conseil d'État impose à cet égard de façon plus générale, que le mémoire comporte l'énoncé d'un différend, ce qui n'est pas le cas d'un courrier qui détaille simplement le montant de prestations dont l'indemnisation est demandée⁽¹⁴⁾.

Ainsi, pour constituer un mémoire en réclamation en bonne et due forme au sens des CCAG, la demande préalable doit :

– présenter les termes de la contestation et des positions réciproques ;

(9) CE Avis 27 mars 2019, n° 426472.

(10) CE 29 janvier 1993, SEMAVIM, n° 121129.

(11) Sur cette notion, voir CE 22 novembre 2019, Établissement Paris La Défense, n° 417752 : « [l'apparition d'un « différend »] entre le titulaire du marché et l'acheteur, résulte, en principe, d'une prise de position écrite, explicite et non équivoque émanant de l'acheteur et faisant apparaître le désaccord. Elle peut également résulter du silence gardé par l'acheteur à la suite d'une mise en demeure adressée par le titulaire du marché l'invitant à prendre position sur le désaccord dans un certain délai ».

(12) CE 3 octobre 2012, Société Valterra, n° 349281.

(13) CE 27 septembre 2021, Société Amica, n° 442455.

(14) CE 26 avril 2018, Sociétés EMTS et Envéo Ingénierie, n° 407898.

- détailler de façon exhaustive les postes et motifs de la contestation ;
- préciser les sommes demandées et leur mode de calcul ;
- comporter en annexe l’ensemble des pièces de nature à justifier des points précédents.

Le Conseil d’État considère par ailleurs, qu’en vertu du CCAG-Travaux, ce mémoire doit être adressé dans le délai contractuel, à la fois au maître d’ouvrage et au maître d’œuvre.

À défaut, le décompte général est réputé devenu définitif⁽¹⁵⁾.

11.1.2 Focus sur le décompte général en marché de travaux

Les CCAG prévoient de longue date un mécanisme d’établissement du décompte général en plusieurs étapes.

Ainsi, le titulaire adresse au maître d’ouvrage et au maître d’œuvre son projet de décompte final, sur la base du duquel le maître d’œuvre dresse le décompte final.

Ce décompte final est adressé par ce dernier au maître d’ouvrage, qui le notifie ensuite au titulaire.

Ce dernier doit ensuite, le cas échéant, rédiger un mémoire en réclamation.

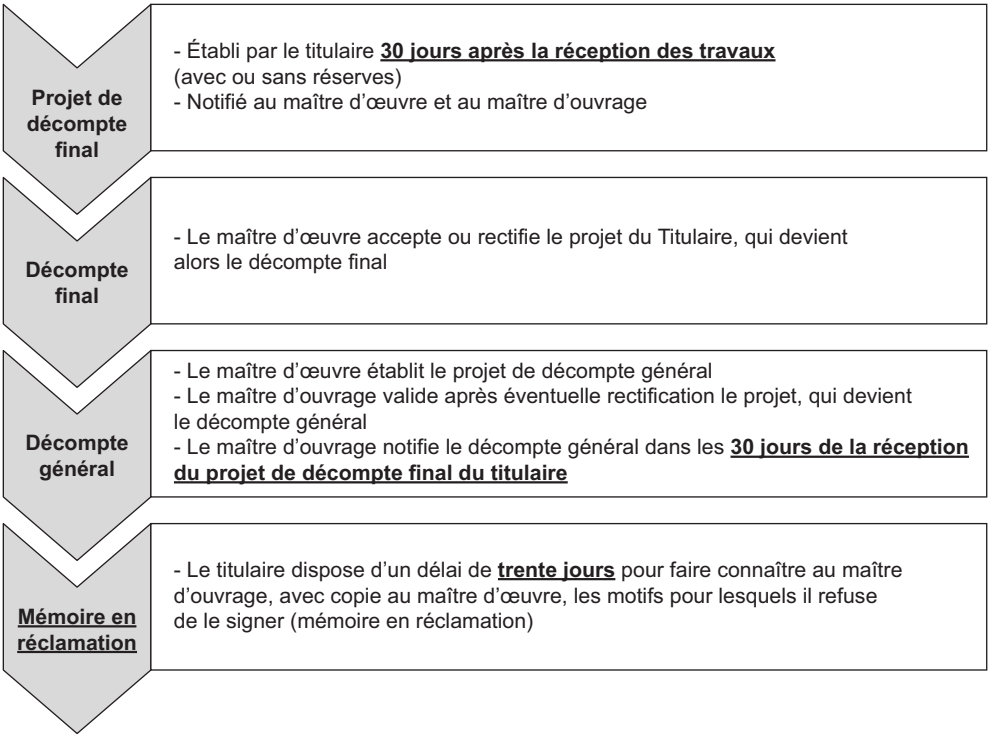


Fig. 11.1. Mécanisme de l’article 12.3 du CCAG-Travaux (2021)

(15) CE 2 février 2024, Société Valenti, n° 471122.

La prise illégale d'intérêts

Contrairement au délit d'octroi d'avantage injustifié qui ne concerne, compte tenu de sa définition législative, que la passation des contrats de la commande publique, la prise illégale d'intérêts est une infraction plus large qui a pour objet de sanctionner toute situation de conflit d'intérêts entre les affaires publiques et les affaires privées et de garantir ainsi l'indépendance et l'impartialité des agents publics et des élus.

Les personnes concernées par ce délit sont les mêmes que pour le délit de favoritisme : personnes chargées d'une mission de service public, dépositaires de l'autorité publique ou investies d'un mandat électif.

Ces personnes sont fréquemment susceptibles de se retrouver en situation de conflit d'intérêts dans le cadre de la passation ou de l'exécution des contrats de la commande publique, qui font intervenir des acteurs tiers avec lesquels elles peuvent entretenir un lien, ce qui leur fait courir un risque pénal non négligeable.

Il faut bien distinguer le délit de prise illégale d'intérêts qui va être détaillé ci-dessous et qui relève du juge pénal du conflit d'intérêts tel qu'il peut être sanctionné par le juge administratif.

JURISPRUDENCE

CE 14 octobre 2015, n° 390968 – CE 18 décembre 2019, n° 432590

« Au nombre des principes généraux du droit qui s'imposent au pouvoir adjudicateur comme à toute autorité administrative figure le principe d'impartialité, dont la méconnaissance est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ».

Pour Mme Mireille Le Corre, rapporteur public, dans ses conclusions « Ce principe est susceptible d'être méconnu en raison d'un conflit d'intérêts. Le pouvoir adjudicateur doit ainsi veiller à ce que les personnes ayant un rôle déterminant dans la procédure de passation d'un marché ne se trouvent pas dans une telle situation. (...) »⁽¹⁾.

(1) Mireille Le Corre, rapporteur public, conclusions sur CE 18 décembre 2019, n° 432590.

L'article L. 2141-10 du Code la commande publique précise que « constitue une telle situation toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché ».

Et cet intérêt peut résider, pour la personne concernée, dans un « avantage pour elle-même, sa famille, ses proches ou des personnes ou organisations avec lesquelles elle entretient ou a entretenu des relations d'affaires ou professionnelles significatives, ou avec lesquelles elle est directement liée par des participations ou des obligations financières ou civiles »⁽²⁾.

On rappellera que « pour être établi, il ne suffit toutefois évidemment pas de s'arrêter aux apparences. Le juge apprécie *in concreto* l'existence éventuelle d'un conflit d'intérêts ou de la méconnaissance du principe d'impartialité »⁽³⁾.

Le principe n'est pas nouveau, et Gilles Pelissier précisait déjà en 2014 que le « doute sur l'impartialité du pouvoir adjudicateur peut naître de la situation de conflit d'intérêts dans laquelle se trouve l'un des membres de son personnel. Il ressort tant des récentes définitions qui ont été données de cette situation que de votre jurisprudence, que deux conditions sont nécessaires pour qu'elle soit établie : d'une part, la personne doit avoir un intérêt à l'issue de la procédure ; d'autre part, elle doit avoir été en mesure de l'influencer. La combinaison de ces deux conditions invite à une approche concrète qui garantit contre le systématisme auquel pourrait conduire l'exigence d'une impartialité à l'épreuve du doute »⁽⁴⁾.

Il en résulte qu'une situation de conflit d'intérêts méconnaissant le principe d'impartialité est caractérisée lorsque deux conditions cumulatives sont réunies :

- la personne concernée (par exemple, l'élu en cause) doit avoir un intérêt à l'issue de la procédure ;
- il doit avoir été en mesure d'influencer la procédure.

C'est ainsi que le Conseil d'État a pu juger que :

JURISPRUDENCE

CE 9 mai 2012, n° 355756

« Considérant que le juge des référés a relevé que Mme Valérie Fiastre, conseillère municipale de Saint-Maur-des-Fossés déléguée à l'urbanisme, avait un lien de parenté avec le président de la société Bâtiment Industrie Réseaux, était actionnaire de cette société et avait participé à la délibération du conseil municipal autorisant le lancement de la procédure de passation du marché, mais que, d'une part, à ce stade de la délibération, la procédure n'avait pas encore été organisée et les soumissionnaires n'étaient pas connus et que, d'autre part, Mme Fiastre n'avait pas siégé à la commission d'appel d'offres et n'avait pris aucune part dans le choix de l'entreprise attributaire ; qu'ayant, ce faisant, porté sur les faits de l'espèce une appréciation souveraine exempte de dénaturation, le juge des référés, s'agissant de travaux habituels dont l'utilité n'était pas contestée et sur la définition et le lancement desquels il n'est pas allégué que l'intéressée aurait exercé une influence particulière, n'a ni inexactement qualifié ces faits ni commis d'erreur de droit en jugeant qu'ils n'étaient pas susceptibles de faire naître un doute sur l'impartialité du pouvoir

(2) Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, remis au Président de la République le 26 janvier 2011.

(3) Mireille Le Corre, rapporteur public, conclusions sur CE 18 décembre 2019, n° 432590.

(4) Gilles Pelissier, rapporteur public, conclusions sur CE 22 octobre 2014, n° 382495.

adjudicateur et, qu'en conséquence, en éliminant par principe l'offre de la société Bâtiment Industrie Réseaux, celui-ci avait méconnu le principe de libre accès à la commande publique et manqué à ses obligations de mise en concurrence ; qu'il suit de là que le pourvoi de la commune de Saint-Maur-des-Fossés doit être rejeté ».

Dans cette affaire, la Haute juridiction a donc estimé que le conflit d'intérêts n'était pas caractérisé dès lors que l'élue mise en cause, bien qu'elle ait été intéressée par la procédure de passation puisqu'actionnaire d'un des soumissionnaires et sœur du Président de celui-ci, n'avait pas influencé l'issue de la procédure.

En effet, le Conseil d'État a relevé que l'élue n'avait pas pris part au choix de l'entreprise attributaire du marché.

On voit bien comme le rappelait le rapporteur public Bertrand Dacosta dans ses conclusions sur un arrêt du 9 mai 2012 que la « jurisprudence, en matière d'application du principe d'impartialité dans le champ de la commande publique, si elle fait une part croissante à l'impartialité dite « objective », n'est nullement dogmatique ».

Pour le juge administratif un conflit d'intérêts ne peut donc être caractérisé que par application d'une méthodologie très stricte, consistant à vérifier que les conditions cumulatives précitées (l'intérêt et l'influence sur l'issue de la procédure) sont réunies.

Il faut être conscient qu'en matière de prise illégale d'intérêt, l'analyse du juge pénal sera significativement différente.

Au point que les mêmes faits constatés lors de l'attribution ou de l'exécution d'un contrat public peuvent être admis par le juge administratif et sanctionnés par le juge pénal, leur contrôle respectif sur la même situation reposant sur une « grille d'analyse » différente des faits.

18.1 Les composantes du délit

TEXTE OFFICIEL

Code pénal, art. 432-12

« Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction ».

Le délit est ainsi constitué si la personne ayant une des qualités visées par le texte (cf. sur ce point le chapitre précédent) :

- a un intérêt de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité ;
- dans une opération dont elle a à connaître dans le cadre de ses fonctions.

Il s'agit d'une infraction formelle qui n'exige pas que l'auteur ait tiré un quelconque bénéfice de l'acte prohibé, ni qu'il est causé un préjudice : seule la constatation objective de l'existence d'une situation proscrire est de nature à entraîner la consommation du délit⁽⁵⁾.

(5) Cass. crim, 22 octobre 2008, n° 08-82.068.

18.1.1 L'intérêt

L'article 432-12 vise le fait « de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt », notions qui font l'objet d'une « interprétation large »⁽⁶⁾.

Dans sa rédaction issue de la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021, l'article 432-12 exige par ailleurs que l'intérêt en question soit « de nature à compromettre » l'impartialité, l'indépendance ou l'objectivité de l'agent, ce qui selon la Cour de cassation ne change toutefois rien aux solutions acquises en matière de prise illégale d'intérêt, les deux versions du texte étant « équivalentes »⁽⁷⁾.

La nouvelle rédaction de l'article 432-12 du Code de pénal est désormais alignée sur celle de l'article L. 2141-10 du Code de la commande publique qui définit le conflit d'intérêts comme « toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché ».

L'étude de la jurisprudence révèle que tout lien (économique ou financier, professionnel, familial, politique ou amical) susceptible de faire perdre son objectivité à la personne chargée d'une mission de service public au sens de l'article 432-12 du Code pénal est de nature à la placer dans le champ du délit de prise illégale d'intérêt.

L'existence d'un intérêt patrimonial a par exemple justifié la condamnation d'un maire et de son adjoint, qui avaient délibéré sur l'attribution d'un marché par la commune, au profit d'une société d'économie mixte dans laquelle le maire et l'adjoint avaient par la suite été associés⁽⁸⁾.

L'intérêt patrimonial peut également être indirect, par exemple lorsque le maire fait voter une subvention au profit d'une association qui contracte par la suite avec une société dont il est le gérant⁽⁹⁾.

Dans le même sens, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi d'un collaborateur du cabinet du maire de la commune de Hyères, qui avait effectivement participé à la préparation d'une décision d'attribution d'un marché public à une société en compétition, dont le gérant était une « relation amicale et professionnelle de longue date »⁽¹⁰⁾.

Un simple lien d'amitié, lorsqu'il est suffisamment caractérisé, constitue également un intérêt au sens de l'article 432-12 du Code pénal⁽¹¹⁾.

L'intérêt peut également être politique, par exemple dans l'hypothèse où un maire demande au titulaire d'un contrat de réaliser des travaux non compris dans le marché au bénéfice d'un élu de sa majorité⁽¹²⁾.

(6) Cass. crim. 27 juin 2018, n° 16-86.256.

(7) Cass. crim. 5 avril 2023, n° 21-86.676 ; voir également : *Droit pénal* n° 6, juin 2023, comm. 101.

(8) Cass. crim. 25 juin 1996, *Bull. crim.*, n° 273.

(9) Cass. crim. 9 mars 2005, *Bull. crim.*, n° 81.

(10) Cass. crim. 13 janvier 2016, n° 14-88.382.

(11) Cass. crim. 5 avril 2018, n° 17-81.912.

(12) Cass. crim. 29 juin 2011, n° 10-87.498.

Le contentieux de la commande publique se distingue par sa complexité liée à la multiplication des recours et à l'évolution constante de la jurisprudence. Face aux enjeux financiers, acheteurs publics et opérateurs économiques doivent pouvoir identifier rapidement les voies de recours adaptées en cas de litiges entre cocontractants ou avec des tiers.

Cet ouvrage propose une analyse synthétique et opérationnelle de l'ensemble des procédures contentieuses applicables aux phases de passation et d'exécution. Il aborde également les contrôles exercés par les juges financier et pénal. Enfin, il détaille les modes alternatifs de règlement des différends (conciliation, médiation, accord amiable) permettant de résoudre les litiges de manière rapide et sécurisée.

Grâce à une approche à la fois opérationnelle et rigoureuse, illustrée par des cas concrets, des exemples jurisprudentiels et des conseils pratiques, ce guide aide à sécuriser les procédures, anticiper les risques juridiques et défendre efficacement ses droits dans l'univers complexe de la commande publique.

Les juristes y trouveront un appui technique, les acheteurs et responsables de marchés un outil de prévention des contentieux, et les décideurs publics un repère fiable pour piloter leurs actions avec maîtrise.

Christophe Cabanes

Diplômé de l'IEP de Paris, Christophe Cabanes est avocat associé au sein du Cabinet CABANES Avocats qu'il a fondé en 1996. Il accompagne et conseille depuis plus de 30 ans les collectivités publiques et entreprises dans le domaine du droit public des affaires. Il est co-auteur de l'ouvrage à actualisation *Droit des concessions* (Éditions du Moniteur) et écrit régulièrement des articles pour la revue *Contrats publics* (Éditions du Moniteur).

Cet ouvrage s'adresse aux avocats, juristes territoriaux, entreprises soumissionnaires ou exécutant des marchés publics, étudiants...

ISSN 2267-0149

ISBN 978-2-281-13760-6



9 782281 137606

ÉDITIONS

LE MONITEUR