

LA GAZETTE

DE L'INSTITUT DE DROIT
PUBLIC DES AFFAIRES



AU SOMMAIRE DE CE NUMÉRO :

► LA NOUVELLE ASSOCIATION DE L'IDPA

Le mot de passation de Luc Gomez, Président de l'Association de l'IDPA -
Promotion 2020-2021 | p. 4

► LES BRÈVES DE JURISPRUDENCE

Commentaires des dernières jurisprudences | p. 5

► LES ENTRETIENS

L'Entretien du mois avec Jean-Christophe Gracia

Président de la 8ème chambre du Tribunal administratif de Melun | p. 14

Que sont-ils devenus ? Corentin Chevallier

Avocat associé au sein du cabinet Foley Hoag LLP | p. 19

► REGARDS SUR L'ACTUALITÉ JURIDIQUE

La sanction du favoritisme par le juge administratif du contrat - par Gaël Trouiller
| p. 22

La CJUE désmirgeome-t-elle le droit de la commande publique ? - par Alexandre
Radoszycki | p. 29



Qui sommes-nous ?

L'Institut de droit public des affaires (IDPA) est une formation universitaire (Université Paris-Saclay) visant à préparer de futurs avocats spécialistes du droit public au sein même de l'école de formation professionnelle des barreaux de la cour d'appel de Paris (EFB). Il permet ainsi aux élèves-avocats sélectionnés de bénéficier, en parallèle des cours de l'EFB, d'enseignements d'excellence sur la pratique du droit public.

Créé et géré pendant vingt ans par Maître Jean-Pierre Boivin, l'Institut est aujourd'hui dirigé par Maître Jean-Marc Peyrical.

Les enseignements dispensés par des praticiens de renom traitent des marchés publics, du droit européen, du droit de l'environnement industriel, du droit de l'urbanisme mais aussi des techniques de droit fiscal, du contentieux administratif ou encore de la déontologie de l'avocat publiciste.

Tout admis à l'examen d'entrée d'un centre régional de formation à la profession d'avocat (CRFPA) peut déposer sa candidature pour intégrer l'IDPA. En cas d'admission, le transfert au sein de l'EFB de Paris sera automatiquement pris en charge. Les étudiants doivent obligatoirement débiter leur formation par le stage PPI (Projet Personnel Individualisé).

Existant depuis plus de 30 ans, l'IDPA dispose d'un réseau constituant un tremplin essentiel pour les futurs avocats publicistes.

Les liens tissés entre chaque promotion et perpétués grâce à l'Association de l'IDPA permettent aux élèves-avocats intégrant l'Institut de bénéficier d'un soutien permanent pour leur entrée dans la vie professionnelle.

Futurs élèves-avocats, n'hésitez plus, rejoignez-nous !

Pour plus de renseignements, vous pouvez nous contacter à l'adresse suivante :

contact@association-idpa.com

L'Association de l'IDPA



L'Association de l'IDPA occupe une place centrale au sein de l'Institut.

Très active, l'Association de l'IDPA fédère et entretient un réseau composé de plus de 700 diplômés, avocats ou professionnels du droit.

Elle a également pour objet de promouvoir le droit public des affaires.

À cette fin, elle organise chaque année le Gala de l'IDPA (qui s'est tenu les années passées au Conseil d'État, à la Cour administrative d'appel de Paris, à la Bibliothèque de l'Ordre des avocats...).

L'Association organise également des conférences, sous forme de colloque, les "Jeudi de l'IDPA".

Elle publie en outre la Gazette de l'IDPA contenant des articles de droit et des entretiens avec des professionnels du monde juridique.

Voici les membres de la nouvelle Association de l'IDPA.

Présidente : Anne-Laure Coirre

Vice-Président : Alexandre Radoszycki

Trésorière : Jennifer Obrero

Secrétaire général : Ahmed Ben Hafsia

Pôle Gazette : Mathis Ruocco-Nardo (Réfèrent), Sami Kabra (Réfèrent), Emma Plard, Gaël Trouiller

Pôle Événementiel : Alexandre Radoszycki, Anne-Laure Coirre

Pôle Partenariats : Anaëlle Degrémont, Thibault Cadet, Marjorie Miagkoff

Pôle Communication : Thomas Triquet Le Boeuf, Emma Mestrius

La présentation du nouveau bureau de l'Association sera détaillée dans le prochain numéro de la Gazette.



Le mot de passation de Luc Gomez

Chers lecteurs,

Cette année au sein de l'Institut du droit public des affaires a été unique en son genre, et j'espère sincèrement qu'elle restera une exception dans son histoire. En effet, au jour de la pré-rentrée en janvier 2020, nous vivions encore dans ce qu'on appelle aujourd'hui « le monde d'avant ». Le coronavirus n'était alors qu'une préoccupation d'un autre continent et nous nous laissions rassurer par notre ministre de la Santé, pour qui le risque de propagation de l'épidémie dans notre pays était quasiment nul. Or, deux mois plus tard, nous entrons dans une guerre à laquelle nul n'avait consenti.

La promotion Bernard Cazeneuve restera à jamais la promotion Covid-19, pour qui la norme fut confinement et cours à distance, et qui ne put ainsi profiter des moments de convivialité traditionnellement offerts par l'IDPA, comme le verre entre anciens ou le Gala de décembre. Toutefois, quand bien même l'expérience de l'IDPA n'a pas été celle à laquelle chacun s'attendait, l'Institut ne s'est pas arrêté et a prouvé ses capacités d'adaptation. C'est ainsi que tous les enseignements ont été maintenus et les Jeudi de l'IDPA se sont tenus en visioconférence.

Pour cela, au nom de toute la promotion, je remercie Maître Jean-Maître Peyrical pour avoir soutenu l'Association dans des moments primordiaux. Nous avons eu à faire des choix importants dans l'adaptation et le report des événements, il était essentiel de pouvoir compter sur le soutien de notre directeur.

Je remercie également les professeurs pour avoir maintenu la qualité de leurs interventions malgré les difficultés liées à l'enseignement à distance. L'IDPA est avant tout une formation d'excellence et a su prouver qu'il le restera en toutes circonstances.

Enfin, j'adresse mes plus profonds remerciements à tous ceux qui ont fait vivre l'Association au cours de cette dernière année : les partenaires qui ont su renouveler leur confiance à l'IDPA ainsi que les nouveaux, tels que les éditions juridiques LexisNexis ; les *alumni* de l'Institut qui ont su nous aider et apporter leur bienveillance ; et enfin tous ceux qui se sont investis au cours de cette année dans les différentes activités de l'Association. A titre personnel, j'ai passé une année formidable à leurs côtés, je leur en suis grandement reconnaissant.

Nous sommes tous heureux de transmettre les clés de l'Association à la nouvelle promotion. Je félicite l'élection du nouveau bureau et tout particulièrement celle de la nouvelle Présidente Anne-Laure Coirre.

Nous laissons l'Association entre d'excellentes mains et nous savons qu'elle fleurira d'autant plus avec le retour des jours heureux tant attendus.

Nous vous souhaitons de vivre pleinement votre aventure IDPA. Nous avons hâte de tous vous retrouver lors du prochain événement organisé par l'Association, pour lequel nous répondrons tous présents.



Luc Gomez

**Président de l'Association
de l'IDPA 2020-2021**



Brèves juridiques

CONTRATS PUBLICS

CAA de Nancy, 15 avril 2021, Lebeau c/ Communauté d'agglomération de Metz-Métropole, n°19NC02073 - Qualification de contrat de la commande publique

Dans son arrêt du 15 avril 2021, la cour administrative d'appel de Nancy s'est penchée sur la possible requalification d'une vente en l'état futur d'achèvement (VEFA) en marché public de travaux.

En l'espèce, les locaux qui accueillent les services administratifs de la communauté d'agglomération de Metz-Métropole ne disposaient plus d'espace suffisant. En 2015, l'idée fut alors évoquée, non pas de louer, mais d'acquérir le nouveau siège de la communauté d'agglomération. A cette fin, Metz-Métropole a approuvé par une délibération en date du 11 décembre 2017, la VEFA du programme « *Centralia* ».

Un requérant, dont la qualité n'est pas rapportée par l'arrêt, a demandé au tribunal administratif de Strasbourg d'annuler la délibération. Par un jugement en date du 26 juin 2019, le tribunal a rejeté sa demande.

Devant la cour administrative d'appel de Nancy, le requérant fait valoir que le recours à la VEFA méconnaît la loi relative à la maîtrise d'ouvrage publique et ses rapports à la loi sur la maîtrise d'œuvre privée dite loi « MOP ». Selon le requérant, la construction projetée était destinée à la communauté d'agglomération, elle allait devenir sa propriété et avait été conçue en fonction de ses besoins propres.

Il en tire que la VEFA constitue un marché public au regard de la directive 2014/24 UE du 26 février 2014 et du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics. Dès lors, Metz-Métropole aurait dû mettre en œuvre une procédure d'attribution conforme aux règles des marchés publics.

La cour rappelle d'abord la définition de la VEFA, tirée de l'article 1601-3 du code civil, la définition d'un marché public de travaux, aux termes de l'article 5 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, ainsi que les cas prévus par le décret n°2016-360 du 25 mars 2016 pour lesquels un marché public négocié peut être passé sans publicité ni mise en concurrence préalables. Cette liste visant notamment : « *l'acquisition ou (...) la location d'une partie minoritaire et indissociable d'un immeuble à construire assortie de travaux répondant aux besoins de l'acheteur qui ne peuvent être réalisés par un autre opérateur économique que celui en charge des travaux de réalisation de la partie principale de l'immeuble à construire* ».

La cour administrative d'appel évoque ensuite la jurisprudence établie du Conseil d'Etat – notamment depuis son arrêt du 8 février 1991, n° 57679, *Région Midi Pyrénées* – qui énonce « *Si aucune disposition législative n'interdit aux collectivités publiques de procéder à l'acquisition de biens immobiliers au moyen de contrats de vente en l'état futur d'achèvement, elles ne sauraient recourir à de tels contrats lorsque l'objet de l'opération consiste en la construction même d'un immeuble pour le compte de la collectivité publique, lorsque l'immeuble est entièrement destiné à devenir sa propriété et lorsqu'il a été conçu* ».

en fonction des besoins propres de la personne publique ».

En l'espèce, la Cour raisonne de manière chronologique pour arriver à la conclusion de l'absence de requalification de la VEFA en contrat de la commande publique. En effet, elle commence par relever que le promoteur immobilier en charge de la VEFA avait déposé une demande de permis de construire dès 2014 pour la construction d'un immeuble de bureaux. Le promoteur avait, par ailleurs, débuté les démarches de commercialisation dès la fin de cette année 2014. Or ce n'est qu'en 2015 que fut pour la première fois évoquée l'opportunité pour la communauté d'agglomération d'acquérir- et non pas de louer -, son futur siège. Plusieurs pistes pour la réalisation d'une telle opération ont été suggérées et deux programmes de VEFA - dont celui finalement choisi - ont été retenus.

La Cour relève ainsi que les relations entre le promoteur et la métropole ont débuté en 2015 et que, de plus, le promoteur avait proposé son projet à d'autres acheteurs, notamment en 2016 à la caisse primaire d'assurance maladie, mais que ces derniers n'avaient pas retenu son offre.

Le juge relève également que le projet ne comporte pas de caractéristiques particulières qui auraient eu pour objet de répondre aux besoins de la communauté d'agglomération. Cette affirmation est appuyée par le fait que Metz Métropole a réalisé des aménagements spécifiques des locaux reçus notamment par le biais d'un marché public de travaux d'un montant de 3,4 millions d'euros et d'un marché public de maîtrise d'œuvre « pour l'aménagement intérieur de la maison métropole » pour un montant de 3,52 millions d'euros.

La Cour en conclut que « Metz Métropole n'a donc exercé aucune influence déterminante sur sa nature ou la conception de l'ensemble immobilier, lequel n'a été conçu ni à l'initiative de Metz Métropole, ni en fonction de ses besoins, de sorte que l'opération en cause ne peut être qualifiée de marché public de travaux ». Le juge a ainsi écarté les moyens tirés de la méconnaissance des règles relatives aux marchés publics.

Conseil d'Etat, 27 avril 2021, Sté Lacroix City Saint Herblain c/ Dpt de la Loire Atlantique, n°440348 - Réparation du préjudice tiré d'une entente illicite

Les pratiques anticoncurrentielles ont des conséquences économiques importantes dont les victimes sont en droit de demander réparation. Dans cet arrêt du 27 avril 2021, le Conseil d'Etat détermine la méthode d'évaluation du préjudice subi par une personne publique victime d'une entente.

Dans les faits, le département de la Loire Atlantique a – entre 1998 et 2005 – attribué à la société Lacroix Signalisation cinq marchés publics relatifs à la fourniture de panneaux de signalisation routière. Néanmoins, Lacroix Signalisation et sept autres sociétés se sont entendues entre 1997 et 2006 sur la répartition et le prix de ce type de marché public. Par une décision rendue par l'Autorité de la concurrence le 22 décembre 2010, elles ont été condamnées pour ces faits d'entente. Or, une entente anticoncurrentielle constitue un dol car elle vicie le consentement de la personne publique à entrer dans le lien contractuel. La personne publique est donc en mesure de demander réparation des dommages subis. C'est ce qu'a décidé de faire le département de la Loire Atlantique.

Par une ordonnance du 31 août 2015, le tribunal administratif de Nantes a désigné un expert qui, dans un rapport du 13 mai 2016, a évalué le préjudice à 5 millions d'euros. La société Lacroix Signalisation a alors demandé l'annulation de l'expertise mais cette demande a été rejetée par le tribunal administratif de Nantes le 19 juin 2019. Le tribunal condamne par ailleurs la société à verser 3 746 476€ au département. Lacroix Signalisation a interjeté appel de cette décision. Son appel a été rejeté par la cour administrative d'appel de Nantes le 6 mars 2020. La cour a par ailleurs fait droit aux conclusions de l'appel incident du département : elle a établi la somme due par la société Lacroix Signalisation à 4 121 124€.

Le Conseil d'Etat a rejeté le pourvoi formé par la société et précisé les modalités selon lesquelles un juge peut demander une expertise. Il a ainsi énoncé l'absence d'obligation pour l'expert d'organiser des réunions ou des visites dans la mise en œuvre de son expertise avant de valider la méthode utilisée par l'expert pour calculer le préjudice subi par le département. Cette méthode consiste plus exactement « à comparer les taux de marge de la requérante pendant la durée de l'entente et après la fin de celle-ci pour en déduire le surcoût supporté par le département de la Loire-Atlantique sur les marchés litigieux ».

CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

Conseil d'Etat, 1^{er} mars 2021, n°436654 - Date d'appréciation de la légalité d'un refus de communication de document administratif

Par une décision en date du 1^{er} mars 2021, le Conseil d'Etat vient une nouvelle fois poser une exception aux règles classiques du contentieux de l'excès de pouvoir en imposant au juge administratif de se placer à la date de son jugement pour se prononcer sur la légalité d'un refus de communication de documents administratifs.

En l'espèce, deux époux avaient sollicité la communication de plusieurs documents relatifs à l'opération de création de la ZAC Jean Monnet à Eckbolsheim afin d'y réaliser un « éco-quartier », au nombre desquels figuraient notamment des contrats signés avec les promoteurs.

S'agissant du premier moyen autour duquel nous centrons cette étude, le tribunal administratif avait apprécié le caractère préparatoire du document demandé à la date de son jugement pour constater que le contrat n'était pas encore signé et ainsi écarter la critique de la légalité du refus de sa communication. Le Conseil d'Etat a confirmé cette approche et transposé les récents apports du contentieux de la consultation d'archives publiques (CE, Ass., 12 juin 2020, n°422327) en rappelant que par exception au principe selon lequel le juge de l'excès de pouvoir apprécie la légalité d'un acte administratif à la date de son édicition, il appartient au juge, eu égard à la nature des droits en cause et à la nécessité de prendre en compte l'écoulement du temps et l'évolution des circonstances de droit et de fait afin de conférer un effet pleinement utile à son intervention, de se placer à la date à laquelle il statue.

Si la requérante soutenait en cassation que l'annulation par un arrêt de la CAA de Nancy, de la DUP relative à la ZAC Jean Monnet, avait fait perdre aux documents demandés leur caractère préparatoire, le Conseil d'Etat a toutefois considéré que ce motif d'annulation retenu par la cour, qui portait en réalité sur l'absence dans l'arrêt attaqué de la disposition faisant obligation au maître d'ouvrage de participer financièrement à l'installation de M. et Mme H. dans une nouvelle exploitation agricole à la suite de l'expropriation de leurs terrains, n'imposait pas à l'Euro-métropole de Strasbourg d'abandonner son projet de ZAC. Dès lors, en jugeant que cette décision juridictionnelle d'annulation était sans incidence sur l'appréciation du caractère communicable des documents en litige, le TA n'avait pas commis d'erreur de droit.

Cette décision s'ajoute donc à la liste d'exceptions posées aux règles du contentieux de l'excès de pouvoir visant à conférer un effet pleinement utile à l'intervention du juge (cf. CE, Ass., 19 juill. 2019, n°424216, *Association des Américains accidentels*). Alors que cette érosion ne cesse aujourd'hui de s'accroître, il paraît désormais utile de s'interroger sur la pertinence du maintien de tels principes (v. notamment en ce sens l'article de Clément Malverti et Cyrille Beaufile « *Dynamique ou dynamite ?* » - AJDA 2020. 722).

Conseil d'Etat, 17 mars 2021, n°440208 - Autorité de la chose jugée

Par cette décision du 17 mars 2021, le Conseil d'Etat a jugé que le recours tendant à l'annulation du refus d'abroger un acte réglementaire n'a pas le même objet que le recours formé auparavant par le même requérant contre ces mêmes dispositions et qui a été rejeté par une décision du Conseil d'Etat. Par suite, l'autorité de la chose jugée s'attachant à cette décision ne fait pas obstacle à ce qu'il soit statué sur le recours contre le refus d'abroger l'acte réglementaire.

En l'espèce, le requérant, pharmacien exerçant une activité de vente en ligne de médicaments, a formé un recours pour excès de pouvoir afin d'obtenir l'annulation d'un arrêté du ministre des affaires sociales et de la santé du 28 novembre 2016 relatif aux règles techniques applicables aux sites internet de commerce électronique de médicaments prévues à l'article L. 5125-39 du code de la santé publique, notamment en ce que l'annexe de cet arrêté interdit la recherche de référencement dans des moteurs de recherche ou des comparateurs de prix contre rémunération. Par une décision du 4 avril 2018, le Conseil d'Etat a rejeté son recours (CE, 4 avril 2018, n°407292, A). Le 6 décembre 2019, le requérant a néanmoins demandé au ministre des affaires sociales et de la santé d'abroger ladite annexe. Par une décision implicite du 9 février 2020, le ministre des solidarités et de la santé a rejeté sa demande.

Le requérant a donc formé un recours pour excès de pouvoir afin d'obtenir l'annulation de cette décision implicite de rejet.

Par une décision du 17 mars 2021, le Conseil d'Etat a accueilli la demande du requérant et décidé d'annuler la décision du ministre des solidarités et de la santé du 9 février 2020.

Dans le cadre de l'examen du pourvoi, la Haute juridiction a notamment tranché la question de savoir s'il y avait lieu d'opposer au requérant l'autorité relative de chose jugée invoquée par le ministre des solidarités et de la santé.

En effet, les dispositions de l'arrêté du 28 novembre 2016 ayant fait l'objet du refus de l'autorité ministérielle avaient déjà été directement attaquées par le requérant dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir.

Il convient ici de rappeler qu'une décision juridictionnelle ne peut revêtir l'autorité relative de la chose jugée que si les trois conditions d'identité de partie, d'objet et de cause sont satisfaites (CE, Section, 29 novembre 1974, *Epoux Gevrey*, n°89756).

A cet égard, le Conseil d'Etat a jugé que *“l'objet du recours pour excès de pouvoir dirigé contre la décision refusant d'abroger un acte réglementaire au motif de son illégalité, dont l'effet utile réside dans l'obligation pour l'autorité compétente de procéder à l'abrogation de cet acte afin que cessent les atteintes illégales que son maintien en vigueur porte à l'ordre juridique, est différent de l'objet du recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'acte réglementaire lui-même, qui vise à obtenir son annulation rétroactive.”*

Si les conditions d'identité de parties et de cause étaient remplies, la condition d'identité d'objet faisait, elle, défaut. En effet, l'objet du premier recours pour excès de pouvoir du requérant était d'obtenir la disparition rétroactive de l'arrêté ministériel, alors que l'objet de son second recours pour excès de pouvoir était d'obtenir son abrogation, c'est-à-dire uniquement sa disparition pour l'avenir. La décision du Conseil d'Etat du 4 avril 2018 ne pouvait *in fine* revêtir l'autorité relative de la chose jugée.

Les juges en ont donc conclu que le ministre des solidarités et de la santé n'était pas fondé à soutenir que l'autorité de la chose jugée s'attachant à la décision du 4 avril 2018 faisait obstacle à ce qu'il soit statué sur le recours contre le refus d'abroger l'annexe de l'arrêté du 28 novembre 2016.

Cette décision du 17 mars 2021 devrait rassurer les requérants souhaitant multiplier les angles d'attaque contre un même acte administratif.

Conseil d'Etat, avis, 27 avril 2021, Communauté de communes du Centre Corse (4C), n°448467 - Liaison du contentieux - Créance contre une personne privée

Par un avis en date du 27 avril 2021, le Conseil d'Etat est venu préciser les contours de la modification apportée par le décret du 2 novembre 2016 (« JADE ») à l'article R. 421-1 du code de justice administrative en rappelant que le délai de recours prévu à cet article n'est pas applicable à un recours, relatif à une créance née de travaux publics, dirigé contre une personne morale de droit privé qui n'est pas chargée d'une mission de service public administratif.

En raison des désordres affectant sa station de traitement des eaux pluviales pour laquelle elle a conclu un marché de travaux publics, la communauté de communes du centre Corse a recherché la responsabilité de son assureur dommage-ouvrage, des assureurs des trois constructeurs ainsi que celle des constructeurs eux-mêmes. Toutefois, s'agissant des conclusions tendant à la condamnation des trois constructeurs à réparer le préjudice qu'elle estimait avoir subi, la communauté de communes n'avait pas saisi ces derniers d'une demande préalable. Devait-elle ainsi lier le contentieux avant de saisir le juge administratif ?

Par application des dispositions de l'article L. 113-1 du code de justice administrative, le tribunal administratif de Bastia a choisi de transmettre le dossier de cette requête au Conseil d'Etat, en soumettant à son examen les questions suivantes : les dispositions de l'article R. 421-1 du code de justice administrative sont-elles applicables aux conclusions dirigées contre une personne morale de droit privé n'entrant pas dans le champ de l'article L. 231-4 du code des relations entre le public et l'administration ? Si la précédente question appelle une réponse négative, faut-il considérer qu'un délai commence néanmoins à courir au plus tard à compter de la date d'enregistrement de la requête, au-delà duquel le requérant n'aurait pas la possibilité de régulariser sa requête au regard de l'article R. 411-1 du code de justice administrative ou bien de présenter des conclusions nouvelles car reposant sur une cause juridique distincte de celle qu'il a invoquée dans la requête ?

Après avoir rappelé la nécessité d'obtenir une décision préalable aux fins de saisir le juge administratif, ce donc y compris pour les recours relatifs à une créance en matière de travaux publics, le Conseil d'Etat a d'abord indiqué que ce principe n'excluait pas qu'il soit appliqué à des décisions prises par des personnes privées, dès lors que ces décisions revêtent un caractère administratif. Il a ensuite précisé qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucune règle

générale de procédure ne déterminait les effets du silence gardé sur une demande par une personne morale de droit privé qui n'est pas chargée d'une mission de service public administratif. Le délai de recours prévu à cet article n'est ainsi pas applicable à un recours, relatif à une créance née de travaux publics, dirigé contre une personne morale de droit privé qui n'est pas chargée d'une mission de service public administratif.

Le Conseil d'Etat en a ensuite déduit qu'en l'absence de disposition déterminant les effets du silence gardé par une telle personne privée sur une demande qui lui a été adressée, les conclusions, relatives à une créance née de travaux publics, dirigées contre une telle personne privée ne sauraient être rejetées comme irrecevables faute de la décision préalable prévue par l'article R. 421-1 du CJA.

Il a enfin indiqué qu'il ne peut être opposé à l'auteur d'un tel recours aucun délai au-delà duquel il ne pourrait, devant la juridiction de première instance, régulariser sa requête au regard de l'article R. 411-1 du CJA ou formuler des conclusions présentant le caractère d'une demande nouvelle car reposant sur une cause juridique distincte de celle invoquée dans sa requête.

Conseil d'Etat, 28 mai 2021, M. et Mme Viallat et autres, n°437429 - Imputabilité des frais d'instance au titre de l'article L. 761-1 CJA - Régularisation d'un permis de construire

Dans cet arrêt, à mentionner aux Tables, le Conseil d'Etat se prononce sur l'imputabilité des frais dus au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative dans le cadre du rejet d'une requête en annulation d'un permis de construire à la suite de la régularisation de ce dernier en application de l'article L.600-5-1 du code de l'urbanisme.

Dans les faits, le maire de Marseille a délivré le 28 juin 2013 un permis pour la construction de 16 villas individuelles en bordure du parc national des Calanques. Plusieurs requérants ont demandé l'annulation de ce permis au tribunal administratif de Marseille qui a rejeté leur demande par un jugement en date du 16 avril 2015. Ils ont alors formé un pourvoi en cassation.

Le Conseil d'Etat a ensuite annulé le jugement rendu par le tribunal administratif de Marseille. La juridiction de fond a alors eu à connaître à nouveau de la demande d'annulation du permis. Dans un jugement en date du 21 juin 2018, il sursoit à statuer et octroie au pétitionnaire et à la mairie de Marseille un délai de 4 mois pour régulariser le permis. Le tribunal a en effet

estimé que la composition du dossier de permis de construire, notamment les documents photographiques, n'étaient pas de nature à permettre à l'administration d'apprécier l'insertion du projet dans son environnement proche et lointain et d'en mesurer l'impact par rapport aux constructions avoisinantes et au paysage du massif des Calanques.

Un permis de régularisation a été délivré par un arrêté en date du 31 janvier 2019. Les requérants ont alors à nouveau demandé au tribunal administratif de Marseille l'annulation du permis de construire.

Dans une décision en date du 7 novembre 2019, le tribunal a rejeté l'ensemble des conclusions des demandeurs. Dans son arrêt du 28 mai 2021, le Conseil d'Etat a alors annulé ce jugement et réglé l'affaire au fond en rejetant la requête tendant à l'annulation du permis de régularisation.

Le point novateur de cet arrêt tient à la solution du Conseil d'Etat sur les conclusions présentées au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative. Ainsi, le point 24 de l'arrêt énonce qu' : « *Il résulte de ces dispositions que le paiement des sommes exposées et non comprises dans les dépens ne peut être mis à la charge que de la partie qui perd pour l'essentiel. La circonstance qu'au vu de la régularisation intervenue en cours d'instance, le juge rejette finalement les conclusions dirigées contre la décision initiale, dont le requérant était fondé à soutenir qu'elle était illégale et dont il est, par son recours, à l'origine de la régularisation, ne doit pas à elle seule, pour l'application de ces dispositions, conduire le juge à mettre les frais à sa charge ou à rejeter les conclusions qu'il présente à ce titre. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de rejeter l'ensemble des conclusions des parties présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative* ».

Le Conseil d'Etat raisonne ici avec réalisme. La procédure prévue par l'article L.600-5-1 du code de justice administrative offre une opportunité au pétitionnaire de régulariser son permis de construire attaqué et entaché d'illégalité. Dans le cadre de cette procédure, les requérants demandant l'annulation du permis jouent un rôle important car ce sont leurs conclusions qui conduisent à la régularisation du permis et donc *in fine*, à sa légalité.

Dès lors, le Conseil d'Etat en tire des conséquences en matière de frais irrépétibles. Il énonce que les requérants ne doivent pas être regardés comme « *la partie qui perd pour l'essentiel* ». Ainsi, les frais dus au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative ne sont pas nécessairement mis à leur charge.

URBANISME ET ENVIRONNEMENT

Conseil d'Etat, 28 Avril 2021, n°437581 - Absence d'autonomie de l'autorité environnementale - Vice de procédure substantiel

Par cette décision du 28 avril 2021, le Conseil d'Etat a jugé que, dans le cadre de l'examen d'un projet d'installation classée pour la protection de l'environnement (ICPE) soumis à évaluation environnementale, la consultation d'une autorité environnementale ne bénéficiant pas d'une autonomie effective constitue un vice de procédure entraînant l'illégalité de l'autorisation délivrée.

Pour rappel, l'article L. 122-1 du code de l'environnement prévoit que les projets qui, par leur nature, leur dimension ou leur localisation, sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement ou la santé humaine font l'objet d'une évaluation environnementale.

Cette évaluation environnementale est un processus d'aide à la décision visant à estimer les conséquences sur l'environnement et la santé humaine de ces projets afin d'éclairer l'administration sur les suites à donner à ces derniers. Dans le cadre de ce processus, le maître d'ouvrage élabore un rapport d'évaluation des incidences sur l'environnement, dénommé "étude d'impact".

Cette étude d'impact est ensuite soumise à la consultation d'une autorisation environnementale, pour avis simple. Enfin, l'autorité administrative compétente autorise ou non le projet notamment au regard de l'avis rendu.

En l'espèce, le préfet de la région Centre avait d'une part, autorisé, par un arrêté du 22 avril 2014, la société Volkswind France à exploiter des installations de production d'électricité utilisant l'énergie mécanique du vent sur le territoire de la commune de Saint-Martin-de-Lamps (Indre), et d'autre part, par trois arrêtés du 28 avril 2014, délivré à cette société des permis pour la construction de cinq éoliennes, cinq sous-stations de transformation et un poste de livraison. Dans le cadre de l'évaluation environnementale, ce préfet avait en outre rendu, le 16 avril 2013, un avis en qualité d'autorité environnementale.

La société S. et des particuliers ont alors demandé au tribunal administratif de Limoges d'annuler, d'une part, l'arrêté du 22 avril 2014, et d'autre part, les trois arrêtés du 28 avril 2014.

Par un jugement n° 1401846, 1401848 du 11 avril 2017, le tribunal administratif de Limoges a rejeté leur demande.

Les requérants ont interjeté appel de ce jugement. Toutefois, la cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté leur appel par un arrêt n° 17BX01855, 17BX01860 du 12 novembre 2019. Ils se sont donc pourvus en cassation et ont obtenu gain de cause puisque, par une décision du 28 avril 2021, le Conseil d'Etat a annulé l'arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux du 12 novembre 2019.

La décision du Conseil d'Etat s'articule en deux temps.

Dans un premier temps, la Haute juridiction a relevé un vice de procédure relatif à l'avis rendu par l'autorité environnementale.

Elle a, en effet, indiqué que les dispositions de l'article 6 de la directive du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement ont "*pour finalité de garantir qu'une autorité compétente et objective en matière d'environnement soit en mesure de rendre un avis sur l'étude d'impact des projets, publics ou privés, susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement.*".

Les juges ont à cet égard rappelé que si ces dispositions ne font pas obstacle "*à ce que l'autorité publique compétente pour autoriser un projet ou en assurer la maîtrise d'ouvrage soit en même temps chargée de la consultation en matière environnementale, elles imposent cependant que, dans une telle situation, une séparation fonctionnelle soit organisée au sein de cette autorité, de manière à ce qu'une entité administrative, interne à celle-ci, dispose d'une autonomie réelle, impliquant notamment qu'elle soit pourvue de moyens administratifs et humains qui lui sont propres, et soit ainsi en mesure de remplir la mission de consultation qui lui est confiée et de donner un avis objectif sur le projet concerné.*".

Le Conseil d'Etat a donc ici rappelé le principe de séparation fonctionnelle entre l'autorité environnementale et l'autorité décisionnaire, selon lequel la première doit disposer d'une autonomie réelle, impliquant notamment qu'elle soit pourvue de moyens administratifs et humains qui lui sont propres.

Ce principe n'est pas nouveau dans la mesure où le Conseil d'Etat l'avait déjà énoncé, en des termes identiques, dans des décisions antérieures (CE, 6 décembre 2017, n° 400559 et CE, 28 décembre 2017, n° 407601).

Dans la présente affaire, le préfet de région était à la fois l'auteur de l'avis rendu le 16 avril 2013 en qualité d'autorité environnementale et l'autorité compétente qui a délivré les permis et l'autorisation attaqués. Dès lors, l'avis émis n'avait pas été rendu par une autorité environnementale disposant d'une autonomie effective ce qui constitue un vice de procédure.

Dans un second temps, le Conseil d'Etat s'est prononcé sur le caractère substantiel ou non de ce vice de procédure. Un vice de procédure est substantiel s'il est de nature à exercer une influence sur la décision de l'autorité administrative (CE, 14 octobre 2011, *Société Ocréal*, n°323257) ou s'il prive les intéressés d'une garantie (CE, 23 décembre 2011, *Danthy*, n°335033). Contrairement au vice non substantiel, il ne peut être neutralisé par le juge administratif et a pour conséquence d'entraîner l'illégalité de la décision administrative prise à l'issue de la procédure viciée.

Il a, à cet égard, censuré le raisonnement de la cour administrative d'appel de Bordeaux selon lequel l'irrégularité de l'avis de l'autorité environnementale n'était pas de nature à influencer le sens de la décision de l'autorité administrative.

Il convient de noter que la cour administrative d'appel de Bordeaux avait, dans une autre affaire, jugé que *“la seule circonstance que l'autorité environnementale n'ait pas disposé d'une autonomie vis-à-vis de l'autorité décisionnaire ne suffisait pas à vicier la procédure et, partant, à entacher d'illégalité l'autorisation de défrichement en litige.”* (CAA Bordeaux, 30 juin 2020, n° 18BX01702).

Pour le Conseil d'Etat, l'irrégularité de l'avis de l'autorité environnementale constitue donc un vice de procédure substantiel entraînant l'illégalité de la décision administrative.

Cette décision du 28 avril 2021 vient donc limiter l'application des jurisprudences *Société Ocréal* et *Danthy* en droit de l'environnement industriel.

DROIT DES DONNÉES

CE, 21 avril 2021, French Data Network, n°393099 **- Règles de conservation des données de connexion** **- Conformité du droit français au droit de l'Union**

Dans son arrêt French Data Network du 21 avril 2021, le Conseil d'Etat étudie la conformité des règles françaises de conservation des données de connexion vis-à-vis du droit de l'Union européenne.

Cet arrêt vient compléter une saga jurisprudentielle européenne et française déjà remarquable dans un domaine empreint d'actualité.

Pour les besoins des renseignements et des enquêtes pénales, le droit français impose aux opérateurs de télécommunications de conserver pendant un an toutes les données de connexions des utilisateurs.

Les données ici visées - également appelées métadonnées - recourent 3 catégories : les données d'identité, les données relatives au trafic (« *fadettes* ») et les données de localisation.

Le droit européen – par le biais de la directive 2002/58 dite « *vie privée et communications électroniques* » et le règlement général sur la protection des données (RGPD) – prévoit quant à lui des règles de conservation des données qui ont été précisées par la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) dans divers arrêts (notamment CJUE, 21 décembre 2016, C-203/15 et C-698/15, *Tele2 Sverige AB*). Il en découle une prohibition de la conservation généralisée des données de connexion.

La confrontation de ces deux ensembles de règles a conduit plusieurs associations à saisir le Conseil d'Etat afin de demander l'annulation des décrets prévoyant la conservation des données et organisant leur traitement pour les besoins des renseignements et des enquêtes pénales.

Dans une décision du 26 juillet 2018, le Conseil d'Etat a saisi la CJUE d'une question préjudicielle sur ce point. Plusieurs Etats européens ont également saisi la CJUE de questions similaires et cette dernière y a répondu dans trois arrêts du 6 octobre 2020 (C-511/18 et C-512/18, *La Quadrature du Net* – pour la question préjudicielle française).

La CJUE y précise qu'une conservation généralisée et indifférenciée des données de connexion ne peut être imposée aux opérateurs que pour les besoins de la sécurité nationale en cas de menace grave et que l'accès à ces données par les services de renseignement doit être soumis au contrôle préalable d'une autorité indépendante et en aval au contrôle du juge.

Elle énonce également que pour la lutte contre la criminalité grave, les Etats peuvent seulement imposer la conservation ciblée des données, dans certaines zones ou pour certaines catégories de personnes pré-identifiées comme présentant des risques particuliers.

Enfin, la conservation des données de connexion n'est pas permise pour d'autres motifs que la criminalité grave.

L'arrêt du Conseil d'Etat du 21 avril 2021, prend en compte ces précisions pour statuer sur la question de l'annulation du décret fixant le cadre français de conservation des données.

Dans un premier temps, et contrairement à ce que demandait le gouvernement, le Conseil d'Etat refuse d'exercer un contrôle de *l'ultra vires* sur les organes de l'Union européenne. Il estime que les exigences constitutionnelles ici mises en jeu bénéficient en droit de l'Union européenne d'une protection équivalente à celle fixée par la Constitution.

Sur la question clé de ce recours – la conservation généralisée des données imposée aux opérateurs – le Conseil d'Etat estime que cette conservation est justifiée par une menace grave pour la sécurité nationale. Il impose cependant au gouvernement de procéder à une réévaluation de cette menace de manière périodique.

Le Conseil d'Etat rejette la solution proposée par la CJUE d'une conservation ciblée en amont des données pour les besoins autres que ceux de la sécurité nationale estimant que cette solution n'est ni matériellement ni opérationnellement possible.

Le Conseil d'Etat va dans le sens de la CJUE en rappelant le principe de proportionnalité entre la gravité de l'infraction et l'importance des mesures d'enquêtes mises en œuvre.

Il fait sienne la distinction établie par la CJUE entre la criminalité grave et la criminalité ordinaire et admet que cette dernière ne peut permettre une conservation des données.

Enfin, le Conseil d'Etat impose au Premier Ministre une modification du droit national dans un délai de 6 mois afin de créer une autorité indépendante pouvant rendre un avis contraignant sur l'exploitation de données conservées pour les besoins du renseignement.

A la suite de cette décision, le gouvernement a annoncé envisager présenter à un prochain conseil des ministres une lettre rectificative des dispositions visées dans l'arrêt *French Data Network*.



Emma Plard



Mathis Ruocco-Nardo



Sami Kabra

L'ENTRETIEN DU MOIS



« La collégialité - entre pairs - est un grand vecteur de sécurité tant pour le citoyen que pour le juge : elle lui permet ainsi d'être raisonnablement sûr qu'il applique le bon texte, la bonne jurisprudence. La confrontation des points de vue protège du risque d'arbitraire par la recherche d'une solution argumentée, objectivement défendable. »

Entretien avec Jean-Christophe Gracia

Président de la 8^{ème} chambre du Tribunal administratif de Melun

Par Mathis Ruocco-Nardo

M. Gracia, pouvez-vous présenter votre parcours à nos lecteurs ?

Je suis diplômé d'HEC et titulaire d'une maîtrise de philosophie, ancien élève de Sciences Po et de l'ENA, autant dire que je n'ai pas de formation strictement juridique ! Paradoxalement, le goût du droit m'est d'abord venu de ma maîtrise de philosophie que j'ai faite sous la direction du professeur Alain Renaut autour de la philosophie de Kant, le philosophe sans doute à l'esprit le plus juridique car toute son œuvre vise en réalité - comme le juriste - à tracer des limites, notamment entre la raison pratique et la raison théorique, entre le droit et la morale... De manière plus concrète, j'ai découvert le Droit à deux occasions : d'une part, lors du cours de droit public constitutionnel alors dispensé par Valérie Pécresse à HEC et surtout d'autre part, lors du cours de droit administratif dispensé à Sciences Po par le président Bernard Stirn, qui m'a tout de suite séduit par la grande clarté de son enseignement.

Ma carrière est quant à elle exclusivement juridique. A la sortie de l'ENA, je me suis naturellement tourné vers les tribunaux administratifs, où j'ai exercé en tout 8 ans (rapporteur, rapporteur public et maintenant président) mais j'ai aussi exercé longtemps à l'extérieur de ceux-ci : j'ai ainsi pu travailler au Ministère de la Justice où j'ai pu être sous-directeur du contentieux puis adjoint à la directrice des affaires civiles et du sceau, à la direction juridique du Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères et au Secrétariat Général des Affaires Européennes (12 ans en tout).

Mon expérience a pu ainsi me donner une idée assez précise sur la « fabrique du droit » dans l'Etat, de son élaboration à sa discussion contentieuse devant les juridictions nationales et européennes.

Vous présidez la chambre spécialisée en contentieux des contrats publics, de l'aide sociale et des MICAS [1], quels sont exactement les rôles dévolus à un président de chambre au sein d'un tribunal administratif ?

La fonction de président de chambre est réputée comme l'une des plus chronophages au sein des tribunaux administratifs. A cet égard, trois grands rôles peuvent être identifiés.

Le premier rôle est consacré à l'organisation de la chambre : il faut s'assurer que les dossiers seront préparés par les rapporteurs, que le rapporteur public aura le temps de les regarder, que les audiences seront tenues, et les jugements notifiés aux dates prévues en veillant aux procédures à délais contraints (Ex : les MICAS).

Le second rôle est celui d'une interface chargée de relayer au sein de la chambre les instructions du président du tribunal en termes d'organisation et faire remonter les éventuels problèmes (congé maladie d'un magistrat, d'un greffier...).

Le troisième rôle est un rôle d'animation, il s'agit d'organiser les débats, de faire mûrir la solution, d'entretenir une bonne relation de travail entre l'ensemble des agents, magistrats, greffes et aides à la décision.

Vous venez de mentionner l'Ecole Nationale d'Administration au sein de laquelle vous avez été formé. Selon vous, quelles seraient les éventuelles conséquences (positives ou négatives) de la nouvelle réforme de la haute fonction publique ?

Avant de vous répondre, et pour préciser de quoi il est question, je me référerai à Alain Supiot, Professeur émérite de droit au Collège de France, éminent spécialiste de droit social, et théoricien du droit, qui a donné une très belle définition du régime de travail du fonctionnaire dans un ouvrage intitulé *Servir l'intérêt général* [2] et qu'il a récemment reprise dans la revue des anciens élèves de l'ENA [3].

Selon lui, la fonction publique française, statutaire, implique un rapport spécifique à l'argent, au temps et au pouvoir qui le distingue du contrat de travail classique et constitue l'esprit de service public qui suppose « *la dignité dans le rapport au pouvoir, la sérénité dans le rapport à l'argent et la continuité dans le rapport au temps* ».

Ensuite, s'agissant de la réforme, je distinguerai entre l'évolution générale qui se dessine et la manière dont elle risque d'affecter les magistrats administratifs.

De manière générale, c'est d'abord la fonctionnalisation accrue de la haute fonction publique qui me semble faire courir de sérieux risques en termes de politisation, notamment pour des corps qui en étaient pour le moment assez largement exclus comme les inspections (IGF, IGAS, IGA) et en termes de dé-professionnalisation (préfet ou ambassadeur sont peut-être avant tout des métiers qui s'apprennent par la fréquentation de pairs).

A cet égard, la réforme en cours a trois inconvénients potentiels. D'abord, pour le fonctionnaire lui-même, on change la nature de son rapport à la hiérarchie : celui-ci risque de perdre en indépendance d'esprit car étant désormais sur un poste fonctionnel, il pourrait, plus qu'aujourd'hui, être dissuadé de dire la vérité, de déplaire et *in fine* de perdre son poste ; ensuite pour les gouvernants eux-mêmes : être entourés de « *Yes men* », à savoir de personnes qui ne voient jamais de difficultés aux projets envisagés n'est pas le meilleur gage d'avoir une information fiable et d'éviter les murs; enfin, l'Etat en général lui-même risque d'être moins bien servi par une fonction publique aux ordres du gouvernement du moment, plus, comme elle l'est, dans la tradition française, gardienne du temps long, des projets de longue haleine secrétés dans les bureaux et dont ils

gardent la mémoire au-delà d'un mandat politique. De ce point de vue, il s'agit d'une véritable rupture dans le rapport traditionnel administration/politique.

Pour les magistrats administratifs en particulier, le principal risque que je vois est celui de décrochage du reste de la haute fonction publique par le faible nombre d'anciens élèves de la future INSP qui seront affectés dans le corps des conseillers de TA (on parle de 3-4 alors que c'est 8-9 aujourd'hui et que c'était plus d'une dizaine il y a encore 15 ans). Ensuite, seront imposées au futur magistrat administratif plusieurs mobilités de la même manière que pour un administrateur de l'Etat : on fait ici courir le risque de perte d'attractivité de la carrière de juge administratif par la multiplication des mobilités qui pourrait décourager les futurs magistrats de rentrer dans ce qui ne sera plus tout à fait une carrière d'autant qu'il n'existe aucune garantie de trouver des postes et que les contreparties en termes d'alignement indiciaire et de primes ne sont pas présentes en l'état.

Je sais que le Vice-Président du Conseil d'Etat est pleinement conscient de cette difficulté, puisqu'il a abordé le sujet sans détour au cours de sa visite au sein du TA de Melun le 25 mai dernier.

S'agissant du contentieux des contrats administratifs, et dans la mesure où l'on constate finalement qu'il s'agit d'un contentieux essentiellement « tourné vers l'exécution », voyez-vous une ou plusieurs alternatives efficaces à la saisine de la justice administrative aux fins de faire valoir ses prétentions en la matière ?

On a peu de recours directs contre le contrat, qu'il s'agisse du recours *Tarn et Garonne* ou du référé contractuel, ces recours restent relativement résiduels au maximum une dizaine par an sur une centaine de recours enregistrés par an dans la chambre. Parmi les recours directs, le référé contractuel est très minoritaire et, en vérité, les questions relatives à la passation se règlent prioritairement au stade du référé précontractuel. Ainsi, la majorité des autres recours restent tournés vers l'exécution des obligations contractuelles.

On constate d'ailleurs que les questions soumises au juge au stade de l'exécution du contrat ne sont pas toujours des questions de pur droit : retard de paiement de factures, acomptes non versés, questions de conformité technique des travaux....

Pour ce genre de questions, je conseillerais d'ailleurs aux parties de privilégier la voie d'une médiation/conciliation. D'ailleurs, il m'arrive d'orienter certains dossiers dès l'enregistrement vers le pôle « médiation » du tribunal compte tenu de la nature des questions qu'ils posent. Une autre voie consiste par ailleurs en la saisine des comités locaux consultatifs de règlement amiable des différends (CCIRA) qui mériteraient d'être sollicités plus souvent.

En clair, je ne recommande la saisine du juge que lorsque le litige soulève des questions d'interprétation juridique, telles que l'étendue des obligations des parties au regard des termes du marché, ou l'appréciation d'une prescription et qu'il est nécessaire qu'un tiers impartial et indépendant interprète les textes juridiques. Pour les problèmes de paiement, une solution « coupe-file » plus rapide qu'un recours au fond et qui permet parfois d'avoir entièrement satisfaction, est de saisir le juge en référé provision. Mais il faut un certain degré de certitude de sa créance, ce qui n'est pas toujours le cas !

Pour résumer, s'agissant de questions d'exécution, de retards de paiement de la personne publique, s'il y avait lieu de hiérarchiser les voies offertes aux parties : en premier lieu, la voie de la conciliation/médiation ; en deuxième lieu, un référé provision et en dernier lieu, le cas échéant, un recours au fond mais il faut savoir qu'il sera plus long que les autres voies.

En ce qui concerne la volonté de développer l'oralité devant la justice administrative, pourriez-vous nous indiquer dans quels types de contentieux vous verriez bien cette tendance s'accroître ?

Je suis « né » à la juridiction administrative en 2001 et donc avec l'oralité puisque c'est la loi du 30 juin 2000 sur les référés, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001, qui a fait franchement entrer la culture de l'oralité chez le juge administratif. J'y ai donc été accoutumé tout de suite, alors qu'il peut en aller autrement pour des magistrats plus anciens.

Pour ma part, je ne vois pas de dossier où l'oralité peut ne pas être importante. Elle est par ailleurs aujourd'hui très présente dans les dossiers à fort contenu d'appréciation, un peu dans le sillage dans ce que l'on fait en référé : c'est l'exemple du contentieux des étrangers ou du contentieux social.

Néanmoins, l'instruction est toujours largement écrite et la formation de jugement sait les grandes orientations qu'elle va prendre sur un dossier quand il est appelé à l'audience. L'oralité est également limitée par le fait que l'administration n'est que très rarement présente aux audiences, pour des raisons tenant notamment à ses moyens et parce qu'elle a en tête que la procédure est essentiellement écrite.

Mais l'audience peut avoir un rôle important : l'avocat peut présenter un moyen sous un autre angle et apporter un éclairage nouveau qui permet parfois d'emporter la conviction du juge.

Enfin, aujourd'hui, l'oralité s'accroît : un décret du 18 novembre 2020 porte expérimentation pendant 18 mois d'un échange oral en amont de la séance de jugement pour les affaires les plus importantes au Conseil d'Etat.

Le calendrier de l'open data des décisions de justice a récemment été publié, cet apport va probablement faciliter l'exercice de nombre de métiers du droit, s'agit-il d'un travail de longue haleine ? Quel impact voyez-vous sur la pratique des juristes ?

Il est prévu que les 300 000 décisions de la JA soient mises en ligne à terme selon un calendrier fixé par l'arrêté du 28 avril 2021. Je précise que selon moi, cette évolution ne supprimera pas le travail des juristes bien au contraire, mais elle le modifiera sans doute.

D'abord chaque cas étant unique, l'appréciation de l'avocat et du juge reste, en l'état, indépassable pour savoir si le cas que l'on a à traiter est exactement le même que celui traité par les décisions que sortiraient des algorithmes : c'est tout l'art du juriste d'être attentif aux « petites différences » qui peuvent changer tout un dossier.

Ensuite, il faut insister sur l'imagination des juges et des avocats : les algorithmes répliquent ce qui a déjà été jugé mais sont incapables de revirements de jurisprudence.

Sur un plan peut-être plus subjectif, comment le juge parvient-il à appréhender des impératifs qui restent parfois difficiles à concilier, ce notamment pour des contentieux où l'on connaît une part importante « d'humain » et où la décision est susceptible d'impacter grandement une vie, tout en ayant pour obligation de dire le droit ?

C'est une question difficile. D'abord, le rôle du juge est d'appliquer de manière égalitaire la norme générale aux cas particuliers.

Ensuite, sa deuxième mission est de ne pas être emporté par ses propres sentiments subjectifs même s'il est parfois confronté à des cas humainement difficiles (je pense au contentieux du droit des étrangers, notamment les demandeurs d'asile ou aux contentieux sociaux). De ce point de vue-là, la collégialité - entre pairs - est un grand vecteur de sécurité tant pour le citoyen que pour le juge : elle lui permet ainsi d'être raisonnablement sûr qu'il applique le bon texte, la bonne jurisprudence. La confrontation des points de vue protège du risque d'arbitraire par la recherche d'une solution argumentée, objectivement défendable.

D'ailleurs, même lorsque le juge statue seul, il est toujours lié tant par les textes et la jurisprudence, que par les échanges avec ses collègues. Il y a notamment ce qu'on appelle la « collégialité de couloirs » qui consiste pour le juge à échanger avec ses pairs, à tester sa solution auprès d'eux ; même quand il juge seul, le juge reste un être de parole !

Enfin, il existe une autre manière par laquelle le juge prend en compte une certaine forme d'équité : l'arrêt *Gonzalez Gomez* [4], qui a été critiqué par une partie de la doctrine, et que l'on pourrait résumer ainsi, « ce qui est vrai en théorie peut être faux en pratique », montre qu'il est arrivé au juge administratif de prendre en compte la situation concrète du justiciable pour son interprétation juridique. De tels cas restent, malgré tout, exceptionnels.

Pensez-vous que le juge administratif "d'aujourd'hui" soit véritablement différent de celui qu'il était auparavant, tant au niveau de son office concret que de son rôle dans un Etat de Droit ? Y-a-t-il eu une métamorphose du juge administratif ?

Oui, je crois vraiment qu'il y a eu un changement profond du rôle du juge administratif, qui n'est pas complètement achevé. Le principal changement est celui de la multiplication des normes internationales

(droit européen, droit de l'Union ou encore la multiplication des conventions internationales par exemple). Le juge est au croisement de tout un réseau de normes qu'il doit articuler entre elles.

Ensuite, son office a connu d'importantes transformations toujours en cours : on assiste depuis une quinzaine d'années, à un « devenir plein contentieux » du recours pour excès de pouvoir depuis les arrêts *El Bahi* [5] et *Hallal* [6], en passant aujourd'hui par l'effet dynamique posé par l'arrêt *Association des Américains accidentels* [7] qui s'applique dans des champs du droit toujours plus nombreux, de sorte que le juge devient moins le juge de la légalité d'un acte, que celui qui apprécie une situation au regard des exigences qui lui sont applicables. Le juge pourrait (re)devenir un peu administrateur...

Enfin, l'arrêt *Société Eden* [8] a également modifié l'office du juge en donnant plus de place aux requérants dans la procédure puisqu'ils peuvent désormais avoir une influence sur les moyens que le juge va être tenu de retenir en priorité compte tenu de l'articulation entre conclusions principales et subsidiaires.

Les relations entre l'avocat et le juge différentes, pour vous, selon l'ordre de juridiction ?

Oui je vois une différence notable : je distinguerais entre le président de la juridiction et les autres juges administratifs.

Le président de juridiction a des relations régulières avec des barreaux de son ressort, ne serait-ce que parce que le juge administratif essaie de développer la médiation et que les avocats sont des acteurs essentiels de celle-ci.

S'agissant des autres magistrats administratifs, les échanges sont plus lointains, il n'y a pas en effet de rencontre informelle dans les couloirs du tribunal, les rapports sont surtout institutionnels. Cela nous distingue assez profondément des juridictions judiciaires, où les rapports entre l'avocat et le juge sont bien plus courants.

Quels sont les défis de la justice administrative ?

Le premier défi qui découle de la réforme de la haute fonction publique est celui du statut du juge administratif vis-à-vis de la haute fonction publique en général, j'en ai parlé : hauts fonctionnaires ou

magistrats ?

Il y a ensuite la question de l'augmentation continue du nombre de recours devant être traités par les juridictions sans que les moyens ne suivent à due proportion, la multiplication des contentieux de masse où la simplification des procédures apparaît comme un enjeu tout à fait important (le cas du contentieux des étrangers est emblématique). De ce point de vue, la voie de la prévention des litiges et des alternatives au jugement doit être privilégiée. A cet égard, on pourrait imaginer à l'avenir un juge administratif à la tête d'un petit cabinet étoffé de deux/trois greffiers qui pourraient traiter directement sous sa direction certains dossiers par toute la palette des solutions à la disposition du juge : de la médiation/conciliation au jugement.

Troisièmement, le défi de complexification du droit même dans des contentieux réputés simples.

Enfin, la poursuite de la dématérialisation des requêtes (par Télérecours citoyen) qui permet à la fois des saisines plus commodes pour le justiciable et qui permet au juge de travailler plus aisément. La grande résilience de la juridiction administrative pendant la pandémie a prouvé qu'elle disposait d'ores-et-déjà des outils en la matière.

Enfin, quel regard portez-vous sur le métier d'avocat publiciste ? Quels conseils voulez-vous donner à un(e) jeune avocat(e) ?

Je lui conseillerais d'abord d'effectuer un stage au sein de l'administration afin de savoir comment elle fonctionne afin de pouvoir, le cas échéant, critiquer un de ses actes.

Ensuite, nous avons besoin d'un barreau publiciste fort : un bon jugement est servi par un débat de qualité, porté par des avocats compétents connaissant le droit et la procédure.

Enfin, il faut parfois essayer d'être plus synthétique dans ses écritures et de se focaliser sur des arguments pertinents : je confesse que le juge peut être parfois agacé par des mémoires en réplique copiés-collés qui n'ajoutent rien ou si peu par rapport au premier mémoire produit. A l'audience, si vous voulez convaincre en tant qu'avocat, ne reprenez pas l'ensemble des écritures, le juge les aura vues.

Le bon avocat publiciste est celui qui parle peu mais juste : il appuie à l'audience sur le ou les moyens les plus susceptibles de prospérer.

Références :

[1] Mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance [issues de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme]

[2] L. Bodiguel, Chr.-A. Garbar & A. Supiot (dir.), *Servir l'intérêt général*, Paris, PUF, 2000, 290 p.18-19.

[3] « *L'École du service public* », in L'ENA hors les murs. Revue des anciens élèves de l'ENA, novembre 2019, n° 495, *L'ENA, la grande transformation* ? p. 6-7.

[4] CE Ass., 31 mai 2016, Mme D...C...A..., n° 396848

[5] CE Sect., 21 novembre 2003, Préfet de Seine-Maritime c/ El Bahi, n° 240267

[6] CE Sect., 6 février 2004, Mme Hallal, n°240560

[7] CE Ass., 19 juillet 2019, Association des Américains accidentels, n°424216

[8] CE Sect., 21 décembre 2018, Société Eden, n°409678

QUE SONT-ILS DEVENUS ?



« Mon conseil serait de conserver la plus grande curiosité et ouverture d'esprit possible, en essayant d'éviter les cloisonnements inhérents au système français qui sont nombreux et peinent à disparaître. »

Entretien avec Maître Corentin Chevallier

Avocat associé du cabinet Foley Hoag

Par Sami Kabra

Maître CHEVALLIER, pourriez-vous exposer à nos lecteurs quel a été votre parcours ?

J'ai tout d'abord suivi un cursus assez classique en droit public en réalisant mes quatre premières années d'études -DEUG, Licence et Maîtrise - à la Faculté Jean Monnet de Sceaux. C'est en deuxième année que j'ai découvert mon intérêt pour le droit administratif et ma préférence pour les matières de droit public par rapport à celles de droit privé.

Mais c'est surtout l'enseignement de droit public des biens de Jean-Pierre BOIVIN en Licence à Sceaux qui m'a marqué et a déterminé assez largement la suite pour moi. J'ai, en effet, réalisé que je n'étais pas intéressé par les carrières administratives, mais plutôt par les interactions entre le monde des affaires et l'administration. C'est la raison pour laquelle j'ai, par la suite, opté pour une maîtrise - équivalent du M1 - en droit public des affaires, avec des disciplines en droit privé, suivi d'un DEA - équivalent du M2 - en droit public, toujours à Sceaux, puis d'un DESS de contentieux à Malakoff. J'ai été admis à l'examen d'entrée au CRFPA dans la foulée de ce DESS à partir de l'IEJ de Sceaux, mon admission à l'IDPA m'ayant permis de rejoindre l'EFB. J'ai été diplômé du CAPA en 2000.

Après mon service militaire, qui était encore obligatoire à l'époque, mais que j'ai eu la chance de faire à la direction juridique du ministère des affaires étrangères, j'ai rejoint le cabinet Boivin & Associés en qualité de collaborateur et y suis resté pendant 6 ans. J'ai ensuite rejoint un cabinet américain, Winston & Strawn, qui disposait alors d'une pratique en droit de l'environnement de premier plan.

J'y suis, ici aussi, resté pendant 6 ans avant de rejoindre, avec deux associés de cette pratique, le cabinet Foley Hoag en qualité d'associé en 2013.

Pourriez-vous présenter le cabinet Foley Hoag et vos fonctions en son sein ?

Foley Hoag est un cabinet américain originaire de Boston ayant des bureaux à Washington DC et New-York et qui a ouvert un bureau à Paris il y a 10 ans originellement autour de la pratique de l'arbitrage international. J'ai ensuite été recruté avec mes deux associés de pratique, Carine Le Roy-Gleizes et Frédéric Scanvic (par ailleurs ancien membre du Conseil d'Etat), pour créer et développer une équipe en droit de l'environnement et en droit public.

Je partage mon activité entre ces deux domaines même si au fil du temps, la part consacrée au droit de l'environnement a fini par représenter la part prépondérante de mon activité.

Même si le cabinet compte plus de 260 avocats, cela reste pour un cabinet américain, un relativement petit cabinet axé sur des pratiques de niche et d'excellence, dont le droit de l'environnement. Le fait de n'avoir qu'un seul bureau international en France et aussi une particularité que je trouve assez appréciable.

L'équipe dont je fais partie est composée de trois associés, trois collaborateurs, deux stagiaires et une assistante. Nous sommes très soudés. Je travaille avec certaines de ces personnes depuis maintenant plus de treize ans. Ce qui rend, en outre, notre structure intéressante est sa dimension internationale car nous interagissons régulièrement avec les bureaux américains du cabinet.

S'agissant de nos clients et de nos domaines d'activité, nous travaillons essentiellement pour des entreprises et dans une moindre mesure pour des collectivités publiques.

Nos dossiers soulèvent des problématiques variées relatives aux activités extractives, aux installations classées, aux sites et sols pollués, aux déchets, à l'eau, de l'air... C'est une grande chance, je trouve, d'exercer dans un secteur du droit aussi riche et connecté à des préoccupations de société majeures.

Quelles étaient vos motivations pour intégrer l'IDPA ?

A l'époque, déjà, l'IDPA était déjà une formation sélective, bien conçue et bien intégrée au sein de l'EFB. Ce qui était proposé si vous étiez admis était, pour un étudiant ayant une attirance pour le droit administratif des affaires, absolument passionnant. J'étais intéressé par tous ses enseignements. J'y ai vu l'opportunité de donner une plus grande dimension à mon cursus en suivant une formation qui me permettrait de rejoindre plus facilement un cabinet spécialisé en droit public des affaires, ce qui était mon aspiration à l'époque.

Il s'agissait déjà, à l'époque, d'une formation de qualité consolidant les connaissances en droit mais en les rendant plus appliquées. De plus, pour nous, publicistes, qui sommes une petite minorité au sein du Barreau, l'IDPA offrait une visibilité particulière et une scolarité plus intéressante, de mon point de vue, que le tronc commun.

Enfin, je cherchais, au travers de l'IDPA, à mieux connaître et mieux me connecter au monde des publicistes (cabinets, juridictions...).

Je garde un souvenir remarquable de l'enseignement de contentieux administratif assuré par deux magistrats administratifs, dont Christophe LAURENT, qui étaient alors conseillers à la cour administrative d'appel de Paris. Tout comme de l'enseignement de droit Européen assuré au Conseil d'Etat par Edmond HONORAT et, bien sûr, de celui alors assuré par Jean-Pierre BOIVIN en droit de l'environnement.

L'IDPA est une excellente formation et grâce en soit rendue à son fondateur et à Jean-Marc PEYRICAL qui en perpétue la continuité.

Quels conseils dispenseriez-vous aux nouveaux élèves de l'IDPA ?

Déjà, je les féliciterai d'avoir fait le choix de présenter leur dossier et d'avoir été admis.

Ensuite, je leur conseillerai d'essayer de tirer le maximum des enseignements qu'ils vont suivre en préparant bien les séances.

Je leur conseillerai aussi de bien faire valoir cette formation et la plus-value qu'elle apporte à leur cursus dans le cadre des processus de recrutement dans lesquels ils vont s'engager dans quelques mois. L'IDPA est une formation reconnue dans le monde des cabinets, sa notoriété est un peu moindre dans le monde de l'entreprise et il ne faut pas hésiter à se prévaloir de ses spécificités et atouts.

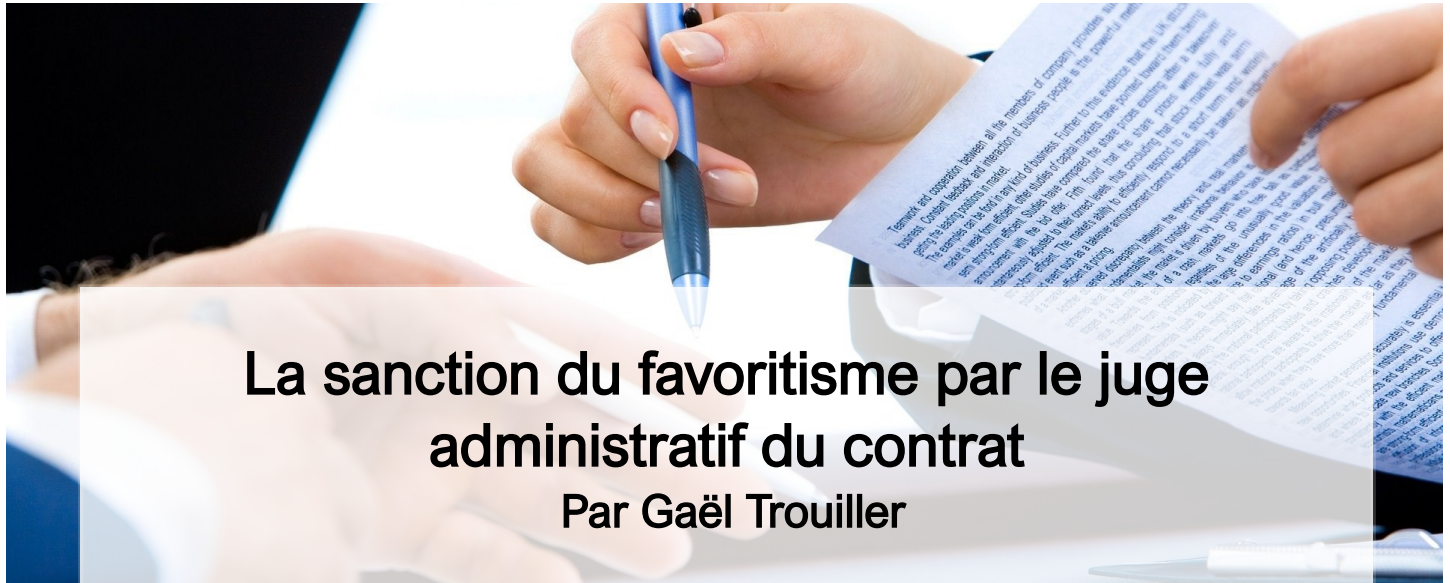
Je leur conseillerai également de mettre à profit cette année pour chercher à s'orienter vers ce qui leur correspond le mieux et les attire le plus. Certains sont fait pour l'avocature, d'autres moins et il n'y a aucun mal à cela car le monde de l'entreprise peut offrir une vie professionnelle très épanouissante et avec de très beaux dossiers en droit public des affaires et ce d'autant que la fonction juridique en entreprise a beaucoup gagné ces dernières années et qu'à terme, le statut d'avocat en entreprise devrait finir par s'imposer.

L'IDPA comporte aussi des dominantes. Dans ma promotion, un grand nombre de mes camarades se sont spécialisés dans l'une de ces dominantes (droit des contrats administratifs, droit de l'urbanisme, droit de l'environnement et de l'énergie...) et en sont devenus des praticiens reconnus. L'IDPA offre donc cette opportunité d'opter pour une sous-spécialité du droit public des affaires en renforçant une affinité existante. 20 ans après avoir fait l'IDPA je constate que peu nombreux sont ceux qui, toujours avocats, s'affichent comme « généralistes » en droit public des affaires. La recherche par les clients de compétences pointues contribue à cette sous-spécialisation que renforce le jeu des classements.

Cela étant et au stade de la scolarité, même s'il me semble important d'avoir cette donnée à l'esprit, mon conseil serait de conserver la plus grande curiosité et ouverture d'esprit possible, en essayant d'éviter les cloisonnements inhérents au système français qui sont nombreux et peinent à disparaître.

Pour la suite et l'entrée dans le monde professionnel, je pense que quelles que soient les orientations ultérieures, une expérience initiale en cabinet d'avocats est extrêmement formatrice car extrêmement exigeante ce qui arme bien pour la suite.

REGARDS SUR L'ACTUALITE JURIDIQUE



La sanction du favoritisme par le juge administratif du contrat

Par Gaël Trouiller

« *Le mouvement législatif général de criminalisation du droit* » [1] n'a pas épargné le droit de la commande publique au sein duquel le délit de favoritisme constitue le « *vecteur privilégié de pénalisation* » [2]. La révélation récente de l'ouverture d'une enquête préliminaire par le parquet national financier pour soupçon d'octroi d'un avantage injustifié dans la passation du contrat d'hébergement et de maintenance pour l'application StopCovid, devenue TousAntiCovid, est une illustration frappante de ce risque pénal pesant sur l'achat public.

Défini à l'article 432-14 du Code pénal, le délit de favoritisme réprime le fait, pour les décideurs publics, de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les contrats de la commande publique. Il est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 euros, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction. Non visées par le texte d'incrimination, les entreprises cocontractantes peuvent, quant à elles, être poursuivies, le cas échéant, pour recel [3] ou complicité [4] de délit de favoritisme.

Si la doctrine se concentre essentiellement sur le risque de répression pour les personnes concernées par ce délit, celle-ci s'intéresse moins aux répercussions du favoritisme sur la survie du contrat.

Or, bien que la sanction pénale se noue devant le juge répressif, les conséquences du favoritisme sur

les conventions se jouent devant le juge administratif. En ce sens, malgré que cela ne soit pas sanctuarisé dans la réserve de compétence constitutionnellement garantie au profit de la juridiction administrative [5], cette dernière est toujours compétente, conformément à la loi des 16 et 24 août 1790 et au décret du 16 fructidor An III, pour connaître du contentieux des contrats administratifs [6], au titre desquels figurent, par qualification législative directe, les contrats de la commande publique [7] – marchés publics et concessions. Partant, le juge administratif est seul autorisé à statuer sur le contentieux de la validité d'un contrat administratif qu'il soit intenté par une partie au contrat [8] ou par un tiers à celui-ci [9]. Autrement dit, le juge pénal, constatant un délit de favoritisme, ne peut jamais annuler un contrat administratif à titre de sanction. Ce serait d'ailleurs contraire au principe de légalité criminelle [10] puisque l'article 432-14 du Code pénal ne prévoit pas, pour la peine applicable au délit de favoritisme, la nullité du contrat sujet à l'octroi d'un avantage injustifié.

Penser les conséquences du favoritisme sur la continuité des conventions oblige, donc, à rechercher comment le juge administratif, dans le contentieux de la validité des contrats, intercepte le problème du favoritisme et le traduit sur le sort de l'accord de volonté qui lui est présenté.

Malgré la relégation de l'annulation au rang de sanction exceptionnelle depuis la réforme du contentieux contractuel [11], le juge du plein contentieux s'est organisé pour obtenir les moyens de prononcer la nullité des contrats dont la passation a été investie par le favoritisme. Toutefois, en tant

qu'il est libre dans son appréciation par rapport au juge pénal et gardien de l'intérêt général, il se préserve la possibilité de ne pas anéantir rétroactivement une convention dont la passation a pourtant été gravement noircie par l'octroi d'un avantage injustifié. On comprend alors que la jurisprudence administrative a systématisé une concordance entre favoritisme et annulation du contrat (I) tout en n'écartant pas des cas résiduels d'asymétrie (II).

I – Une concordance systématisée entre favoritisme et annulation du contrat

S'extirpant de sa position de principe selon laquelle un manquement aux règles gouvernant la passation ne peut entraîner l'annulation d'un contrat (A), le juge administratif s'est attaché à construire une jurisprudence sur-mesure pour instituer un rapport d'automatisme entre constatation du favoritisme et annulation corrélative du contrat (B).

A) L'obstacle des exigences de loyauté et de stabilité des relations contractuelles écarté

La mutation substantielle du contentieux contractuel, animée par la volonté du Conseil d'État d'« *endiguer la nullité* » [12] des conventions, a conduit la jurisprudence administrative à refuser, par principe, d'annuler un contrat de la commande publique pour une violation des règles de mise en concurrence et de publicité [13].

Tel est le cas dans le contentieux de la validité entre les parties où s'applique l'exigence de bonne foi. Le Conseil d'État, dans son arrêt *Manoukian*, a précisé que, lorsque le juge est saisi d'un litige entre cocontractants, le principe de loyauté des relations contractuelles implique que ces derniers « *ne peuvent invoquer un manquement aux règles de passation, ni le juge le relever d'office, aux fins d'écartier le contrat pour le règlement du litige* » [14]. Si cette solution a été énoncée dans le contentieux de l'exécution, au cours duquel est soulevée une exception d'invalidité par une partie, elle est identique s'agissant des manquements susceptibles d'entraîner l'annulation du contrat dans le contentieux de la validité par voie d'action [15]. Les exemples d'application de ce filtre de recevabilité des moyens ne manquent pas. Les parties ne peuvent notamment pas rechercher à écartier ou annuler les conventions dont la passation a méconnu les principes fondamentaux de la commande publique [16], a été lancée en suivant une procédure adaptée alors que les circonstances commandaient la

tenu d'une procédure formalisée [17] ou a été irrégulièrement conduite en conséquence d'une erreur dans l'appréciation des offres ayant entraîné l'attribution du contrat à un candidat qui n'était pas le mieux classé [18]. La rigidité de cette jurisprudence s'étend même aux cas d'absence totale de mise en concurrence dans des situations qui l'imposent pourtant [19]. L'objectif poursuivi par le Conseil d'État vise à refuser aux parties cocontractantes l'invocation de moyens tenant à des irrégularités dont elles sont responsables – ce qui n'est rien d'autre qu'une déclinaison de l'adage « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* » [20] – et/ou dont elles ont bénéficié.

Tel est également le cas dans le contentieux de la validité intenté par les tiers où s'épanouit l'objectif de stabilité des relations contractuelles. Ne se fondant, certes, pas sur l'exigence de loyauté des relations contractuelles – inopérante dans le contentieux des tiers –, le juge administratif s'est, tout de même, aligné sur la solution retenue dans le contentieux de la validité entre les parties. Protecteur du contrat, ce dernier fait prévaloir la sécurité juridique sur la stricte légalité en refusant également, par principe, d'annuler un contrat pour un simple manquement aux règles de passation, ce que confirme, avec constance, l'état du droit positif [21].

En définitive, bien que fondée sur des logiques distinctes – le filtre de la bonne foi dans un cas ; le paradigme de la stabilité des relations contractuelles dans l'autre –, cette position jurisprudentielle consacre une identité des irrégularités susceptibles d'entraîner l'annulation d'un contrat, que le recours émane d'une partie ou d'un tiers [22]. Force est de constater que les manquements aux règles de passation n'en font pas partie.

Or, le délit de favoritisme visant précisément à sanctionner les manquements aux règles de passation des contrats de la commande publique, il ne paraît *a priori* pas possible de traiter juridictionnellement une situation de favoritisme par l'annulation du contrat.

C'est ici qu'intervient une exception au principe sus énoncé qui cristallise tout l'intérêt du sujet. Il est des cas où, « *eu égard d'une part à la gravité de l'illégalité* [impactant la procédure de passation] et *d'autre part aux circonstances dans lesquelles elle a été commise* » [23], le contrat doit être écarté. Le Conseil d'État va s'engouffrer dans cette brèche pour justifier l'annulation des conventions couvertes par le délit de favoritisme autour de la notion de « *volonté de favoriser* », en recours *Béziers I* comme en recours *Tarn-et-Garonne*.

B) La construction d'une jurisprudence sur-mesure pour le favoritisme

Le juge administratif a créé, à dessein, une passerelle entre favoritisme et annulation du contrat. Il l'a érigée pour le contentieux de la validité intenté par les parties [24], le contentieux de la validité actionné par les tiers [25] et le contentieux des conséquences de l'annulation d'un acte détachable sur la survie du contrat [26].

Pour la Haute juridiction administrative, le juge du plein contentieux peut, d'office ou à la demande d'une partie au litige, annuler un contrat de la commande publique, pour une violation des règles gouvernant sa passation, si deux conditions sont réunies [27] : un manquement d'une certaine gravité et la volonté de favoriser un candidat du fait de ce manquement. Ces conditions étant intimement liées, la gravité de la violation des règles de passation est révélée et renforcée par la volonté de favoriser qui, créant une situation « *susceptible d'entraîner une qualification pénale* » [28], impose l'annulation des contrats dont la conclusion a été jonchée de manquements « *choquants* » [29]. C'est ainsi qu'après avoir constaté plusieurs méconnaissances d'une particulière gravité aux règles entourant la publicité et la mise en concurrence des contrats associées à la volonté d'une commune de favoriser un candidat au détriment des autres, le Conseil d'État a pour la première fois, dans son arrêt *Société anonyme gardéenne d'économie mixte*, annulé une concession d'aménagement [30].

Or, il est flagrant que les conditions posées par cette jurisprudence sont « *équivalentes* » [31] aux éléments constitutifs du délit de favoritisme, les premières épousant les seconds. Il est donc permis de penser que cette solution a été adoptée précisément pour tenir compte des situations de favoritisme afin de permettre au juge d'infliger, au contrat dont la passation est concernée par cette infraction, la sanction la plus lourde de l'arsenal dont il dispose, à savoir l'anéantissement rétroactif.

Plusieurs indices confortent cette approche.

D'une part, la doctrine des rapporteurs publics du Conseil d'État l'affirme explicitement. Pour Gilles Pellissier, quand la Haute juridiction administrative vise, dans sa jurisprudence, les circonstances particulières révélant notamment la volonté d'une personne publique de favoriser un candidat, « *c'est jusqu'à présent toujours l'hypothèse du [délit de] favoritisme que [le Conseil d'État] [a] en vue* » [32].

D'autre part, la doctrine universitaire abonde également en ce sens. Entre autres exemples, le professeur Jean-François Brisson explique que « *les manquements constitutifs d'un délit de favoritisme constituent un vice d'une suffisante gravité entraînant la nullité du contrat* » [33].

Enfin, et surtout, la jurisprudence des juges du fond a entériné l'existence d'un lien d'évidence entre le délit de favoritisme et l'annulation subséquente du contrat. C'est ainsi que la cour administrative d'appel de Nancy, dans un arrêt du 18 novembre 2020, relie « *existence d'un délit de favoritisme* » et « *vice d'une particulière gravité* » affectant les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement [34], ce qui justifie, selon le type de recours, que le contrat soit écarté ou annulé.

Si cette position est opportune dans le contentieux de la validité intenté par les tiers, elle est plus critiquable pour celui orchestré par les parties. En effet, une telle solution est « *paradoxal[e]* » [35] au regard de l'esprit de la jurisprudence *Béziers I* puisqu'elle autorise les cocontractants, la plupart du temps à l'initiative et/ou bénéficiaires du délit de favoritisme, de se défaire du contrat, en contradiction avec le principe de loyauté des relations contractuelles. Sans doute serait-il opportun de ne permettre de rechercher l'annulation d'un contrat en cas de favoritisme qu'aux tiers, notamment aux concurrents évincés, qui, eux, sont victimes du favoritisme ou à une partie si, et seulement si, elle démontre que son consentement a été vicié par l'infraction.

De plus, cette jurisprudence n'impose pas que le délit de favoritisme soit préalablement constaté par le juge répressif pour que le juge du contrat retienne l'annulation. Elle implique uniquement que la situation revête une « *dimension quasi-pénale* » [36] révélée par la volonté de favoriser que le juge administratif doit relever. Autrement dit, c'est parce que plane sur l'espèce le spectre du délit de favoritisme, qui « *dévalue suffisamment le contrat* » [37], que le juge administratif, sur le fondement des conditions propres au droit administratif qu'il a lui-même dégagées, l'annule. Bien que confinant au droit pénal, cette jurisprudence n'a pas, fort heureusement, la prétention de substituer au juge répressif le juge administratif. Elle tend, seulement mais sûrement, à « *préserver un ordre public minimum, aux frontières du pénal* » [38].

Ainsi, cette position jurisprudentielle célèbre le couple favoritisme-annulation par une parfaite symétrie de principe entre les éléments constitutifs du délit d'octroi d'un avantage injustifié et les conditions posées par la jurisprudence administrative pour l'annulation d'un contrat. Toutefois, elle n'exclut pas des hypothèses de discordance tenant à l'office du juge du contrat.

II – Une asymétrie résiduelle entre favoritisme et annulation du contrat

Une situation de favoritisme peut, certaines fois, ne pas conduire à l'annulation du contrat. C'est le cas, d'une part, lorsque le juge administratif n'annule pas un contrat dont la conclusion a été sujette à un délit de favoritisme constaté par une juridiction répressive. C'est, d'autre part, l'hypothèse dans laquelle le juge administratif, bien que constatant lui-même un manquement d'une particulière gravité aux règles de passation conjugué à une volonté de favoriser, n'anéantit pas rétroactivement le contrat. Ces situations s'expliquent, respectivement, compte tenu de la liberté d'appréciation (A) et du rôle de gardien de l'intérêt général (B) du juge du contrat.

A) La liberté d'appréciation du juge du contrat préservée en cas de qualification pénale de favoritisme

Longtemps réticent à l'admettre, au regard du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires issu de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor An III [39], le Conseil d'État a fini par consacrer l'autorité de la chose jugée au pénal sur le juge administratif [40]. Cependant, cette reconnaissance s'est faite en préservant l'autonomie du juge administratif [41]. En effet, sous réserve de l'exception tirée de la jurisprudence *Desamis* [42], qui ne s'applique pas à la matière contractuelle [43], l'autorité de la chose jugée au pénal ne s'attache qu'aux faits matériellement établis par le juge répressif qui sont le support nécessaire du dispositif de son jugement [44] statuant sur le fond de l'action publique [45]. Elle ne s'étend pas à la qualification de ceux-ci [46]. Cela détonne, d'ailleurs, avec l'autorité de la chose jugée au pénal s'imposant au juge civil qui, pour sa part, englobe la qualification juridique des faits [47].

Cette liberté d'appréciation étant garantie au profit du juge administratif, la voie est ouverte à des disparités de jurisprudence, en matière de favoritisme, entre le juge pénal et le juge administratif pour l'interprétation de mêmes faits.

D'une part, ainsi que nous l'avons vu, le juge administratif n'annule un contrat que si le manquement grave aux règles de passation relevé est accompagné de la volonté de la personne publique de favoriser un candidat du fait de ce manquement. Cette seconde condition se confond avec l'élément moral du délit de favoritisme que doit nécessairement caractériser le juge pénal pour entrer en voie de condamnation. Or, la liberté respective du juge pénal et du juge administratif pour qualifier cette intention de favoriser donne libre cours à un contrôle d'intensité variable selon l'ordre juridictionnel. Pour cause, jusqu'à présent, la Cour de cassation se contente de constater un dol général pour retenir l'intention coupable dans le cadre du délit de favoritisme [48]. Le juge du contrat, quant à lui, paraît plus regardant que son homologue dans la caractérisation de la volonté de favoriser [49], bien qu'il lui arrive aussi, parfois, de déduire celle-ci d'un manquement particulièrement grave aux règles de passation commis en connaissance de cause [50]. Dans une même situation, le juge pénal pourrait donc retenir le délit de favoritisme tandis que le juge administratif se refuserait d'annuler le contrat, faute d'avoir constaté une quelconque volonté de favoriser.

D'autre part, pour prononcer l'annulation du contrat, le juge administratif ne retient, au titre de la condition tenant à la caractérisation d'un vice d'une particulière gravité, que les manquements les plus sévères aux règles de passation [51]. Or, au sens de l'article 432-14 du Code pénal, est réprimé tout « *acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession* » et non, seulement, les irrégularités les plus importantes. Aussi, il n'est pas à exclure des situations dans lesquelles le juge répressif retiendrait la consommation du délit de favoritisme pour une irrégularité mineure mais où, de son côté, le juge administratif écarterait l'annulation du contrat estimant que le manquement, bien qu'ayant été commis pour avantager un candidat, n'est pas d'une gravité suffisante. Cette hypothèse doit, toutefois, être relativisée au regard, notamment, de la tendance jurisprudentielle récente de la chambre criminelle de la Cour de cassation. Par un arrêt du 6 janvier 2021, celle-ci semble esquisser un revirement en ne retenant, au titre de l'élément matériel du délit de favoritisme, plus toute violation aux règles de passation des contrats de la commande publique mais seulement les plus significatives [52].

Dans ces deux premiers cas, si l'annulation n'est pas retenue, le contrat ne perdurera sans doute pas pour autant puisque le juge le résiliera très certainement [53], avec ou sans effet différé [54], la résiliation juridictionnelle n'étant pas écartée par principe, à la différence de l'annulation, en cas de manquements aux règles de passation [55].

Enfin, au sens de l'article 121-4 du Code pénal, la tentative d'un délit est punie si un texte de loi le prévoit. Or, l'article 432-14 du même code prohibe le fait de procurer ou « *tenter de procurer* » à autrui un avantage injustifié. Partant, le juge pénal peut entrer en voie de condamnation alors même qu'il n'y a pas eu, matériellement, de manquement aux règles de passation, ce qui n'est pas le cas du juge administratif qui doit constater, effectivement, un tel manquement.

Reste l'hypothèse où, malgré l'infraction de favoritisme consommée, le juge du contrat se refuserait d'anéantir rétroactivement une convention pour préserver l'intérêt général. S'il s'agit également d'un exemple de divergence entre les jurisprudences pénale et administrative, celui-ci diffère des cas précédents en ce qu'ici le juge répressif et le juge du plein contentieux interprètent les faits de la même manière. Ils constatent tous deux un manquement aux règles de passation et une intention de favoriser. Seulement, l'annulation est écartée pour les conséquences qu'elle fait peser sur l'intérêt général. Aussi, résultant de la spécificité de l'office du juge du plein contentieux en matière contractuelle, cette hypothèse impose des développements propres.

B) La réserve d'intérêt général justifiant la survie du contrat

L'argument le plus marquant légitimant que le juge du contrat rompe le lien d'automatisme entre favoritisme et annulation du contrat réside dans la réserve d'intérêt général qu'il peut mobiliser pour écarter l'anéantissement rétroactif. Au sens des jurisprudences *Béziers I* et *Tarn-et-Garonne*, l'annulation ne peut être retenue par le juge administratif que si ce dernier a, préalablement, « *vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général* » [56].

Constituent des motifs d'intérêt général justifiant la poursuite du contrat la durée importante de la mise en place hypothétique de solutions de remplacement [57], un enjeu majeur de santé publique [58], le bon fonctionnement de la justice pénale [59], l'intérêt de l'exécution d'une convention

pour les besoins du service public [60] ou encore, s'il est démontré, l'« effet domino » qu'engendre l'annulation d'un contrat sur la survie des actes juridiques passés pour son application [61].

Cette injonction faite au juge du contrat appelle plusieurs remarques.

L'invocation de l'intérêt général ne conduit pas, en toute hypothèse, à sauver le contrat puisque le juge ne peut se fonder que sur les atteintes qui lui sont excessives, ce qui exclut, *a contrario*, les entorses légères. La balance penche plutôt en faveur d'une certaine tolérance. En effet, la jurisprudence administrative semble contenir les cas où l'intérêt général impose la poursuite d'un contrat afin de ne pas laisser subsister, dans le paysage juridique, des situations contractuelles grevées d'une irrégularité importante. A titre d'exemple, il a été jugé que le fait qu'un contrat ait été entièrement exécuté ne fait pas obstacle à son annulation [62], pas plus que la fin imminente de l'exécution de celui-ci [63].

Ensuite, la possibilité pour le juge du contrat de prononcer l'annulation avec effet différé lui permet de trouver un plus juste équilibre en conciliant l'ardente nécessité d'annuler un contrat dont la passation a fait l'objet d'une grave illicéité, telle que le favoritisme, et la prise en compte des « *effets pervers* » [64] d'une annulation subite, notamment au regard du principe de continuité du service public [65].

Enfin, bien que le Conseil d'État ne l'ait pas encore jugé, il n'est pas déraisonnable de penser que, dans la situation particulière du favoritisme, la réserve d'intérêt général ne peut faire barrage à la disparition rétroactive d'un contrat puisque, précisément, la présence du délit d'octroi d'un avantage injustifié constaté [66] ou constatable [67] dans le sillon du contrat impacte, en toute hypothèse, excessivement l'intérêt général sans que l'invocation d'aucune autre composante de celui-ci ne puisse contrebalancer ce bilan. Comme le précise le professeur Olivier Guézou, « *l'intérêt général lui-même commande la suppression de l'acte illégal et il ne faut pas seulement prendre en compte le contrat en cause, mais aussi l'effet perversément incitatif que pourrait avoir un courant jurisprudentiel qui ferait trop largement prévaloir la survie du contrat sur la sanction de son illégalité* » [68], *a fortiori* quand l'illégalité en question revêt une dimension pénale d'atteinte à la probité, distendant toujours plus le lien de confiance entre l'administré et l'administration. Si un tel raisonnement venait à prospérer à l'avenir, le principe de légalité, trop souvent sacrifié sur l'autel

de la sécurité juridique, en sortirait vainqueur. Surtout, on ne voit pas bien quelle autre solution serait plus satisfaisante puisque si l'intérêt général tend vers la continuité du contrat, cela empêche également toute résiliation de celui-ci [69], alors que, par ailleurs, aucune régularisation n'est envisageable lorsque le vice invoqué est un manquement aux règles de passation [70]. Cela n'est guère acceptable dès lors que se cache derrière la naissance du contrat la présence maline du favoritisme.



Gaël Trouiller

Références :

- [1] Th. Dal Farra, « Un aspect du risque pénal dans la passation de la commande publique : le délit de favoritisme », *Gaz. Pal.*, 10 février 2000, p. 2.
- [2] S. Braconnier, « Dépénaliser le droit des marchés publics et concessions ? », *Revue Contrats Publics*, n° 187, mai 2018.
- [3] C. pén., art. 321-1, al. 2 ; Cass. crim., 5 mai 2004, pourvoi n° 03-85.503 ; Cass. crim., 15 mars 2017, pourvoi n° 16-83.838.
- [4] H. Matsopoulou, « Marchés Publics. Liberté d'accès et égalité des candidats », *J.-Cl. Pénal Code*, fasc. 20, 2020 ; Cass. crim., 6 octobre 2010, pourvoi n° 10-82.839.
- [5] Cons. const., déc. n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*.
- [6] V. pour un exemple récent : TC, 8 février 2021, *Société Entropia Conseil*, n° C4201.
- [7] CCP, art. L. 6.
- [8] CE, ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, req. n° 304802.
- [9] CE, ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, req. n° 358994.
- [10] C. pén., art. 111-3, al. 2 : « Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit ».
- [11] S. Braconnier, « Contentieux des contrats : le choc de sécurisation ? », *AJDA*, 2014, p. 945.
- [12] D. Pouyaud, « L'office du juge du contrat », *RFDA*, 2010, p. 519.
- [13] V. par ex. : CE, 10 février 2010, *Société Prest'action*, req. n° 301116.

- [14] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, req. n° 338551.
- [15] CE, 10 février 2010, *Société Prest'action*, req. n° 301116, préc. ; CE, 4 octobre 2019, *Syndicat mixte du développement durable de l'Est Var*, req. n° 419312 ; CAA Lyon, 3 novembre 2011, *Société AECP*, req. n° 10LY01120 ; O. Guézou, *Traité de contentieux de la commande publique*, Le Moniteur, coll. Référence juridique, 2^e édition, 2018, p. 270 : « Afin d'assurer la cohérence de ses décisions, le juge administratif semble retenir la même notion de loyauté, que la validité du contrat soit l'objet direct du recours ou que la question ne se pose qu'à l'occasion d'un litige relatif à son exécution. [...] Le juge administratif semble appliquer la même grille de lecture. ».
- [16] CAA Nantes, 11 avril 2014, *Établissement public Agrocampus Ouest*, req. n° 12NT00053.
- [17] CAA Lyon, 3 novembre 2011, *Société AECP*, req. n° 10LY01120, préc.
- [18] CAA Paris, 6 décembre 2012, *Société Aévolis*, req. n° 10PA02811.
- [19] V. par ex. : CE, 19 janvier 2011, *Syndicat mixte pour le traitement des résidus urbains*, req. n° 332330.
- [20] « Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude. »
- [21] V. par ex. : CAA Lyon, 25 septembre 2014, *SARL Laboratoires Paul Hartmann*, req. n° 13LY02368 ; CAA Marseille, 2 mars 2015, *Société Philip Frères*, req. n° 13MA04478 ; CAA Marseille, 18 avril 2016, *Société Twin Audiolive*, req. n° 15MA03482 ; CAA Nantes, 17 juillet 2020, *SELARL Huissiers Partner Conseils*, req. n° 18NT04492.
- [22] D. Pouyaud, « La résiliation pour irrégularité d'un contrat administratif », *RFDA*, 2021, p. 275 ; G. Pellissier, concl. sur CE, 21 octobre 2019, *Commune de Chaumont*, req. n° 416616.
- [23] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, req. n° 338551, préc.
- [24] CE, 10 octobre 2012, *Commune de Baie-Mahault*, req. n° 340647 ; CAA Marseille, 23 décembre 2013, *Association Boitaclous*, req. n° 11MA02463.
- [25] CE, 15 mars 2019, *Société anonyme gardéenne d'économie mixte*, req. n° 413584 ; CAA Lyon, 25 septembre 2014, *SARL Laboratoires Paul Hartmann*, req. n° 13LY02368, préc. ; CAA Marseille, 18 avril 2016, *Société Twin Audiolive*, req. n° 15MA03482, préc.
- [26] CE, 10 décembre 2012, *Société Lyonnaise des Eaux*, req. n° 355127.
- [27] V. par ex. : CE, 10 février 2016, *Société ACS Production*, req. n° 382148 ; v. pour une application récente par les juges du fond : TA Cergy-Pontoise, 5 mai 2019, *Préfet des Hauts-de-Seine*, req. n° 1808765 ; CAA Douai, 2 avril 2020, *Société Cabre*, req. n° 18DA00867.
- [28] G. Pellissier, concl. sur CE, 21 octobre 2019, *Commune de Chaumont*, req. n° 416616, préc.
- [29] N. Boulouis, concl. sur CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, req. n° 338551.
- [30] CE, 15 mars 2019, *Société anonyme gardéenne d'économie mixte*, req. n° 413584, préc.
- [31] F. Lichère, « Élections / Élus - La déontologie et l'attribution des contrats publics », *JCP A*, n° 47, 23 novembre 2020, p. 2304.
- [32] G. Pellissier, concl. sur CE, 21 octobre 2019, *Commune de Chaumont*, req. n° 416616, préc.
- [33] J.-F. Brisson, « Responsabilité en matière contractuelle et quasi-contractuelle », *J.-Cl. Administratif*, fasc. 854, 2016 ; v. également en ce sens : M. Ubaud-Bergeron, « L'illégalité d'une clause de tacite reconduction et l'office du juge du contrat », *Contrats et Marchés publics*, n° 7, juillet 2015, comm. 172 ; F.

Linditch, « Principe de loyauté contractuelle, l'absence de mise en concurrence n'y fait pas obstacle », *JCP A*, n° 27, 9 juillet 2012, p. 2238 ; O. Guézou, *Traité de contentieux de la commande publique*, Le Moniteur, coll. Référence juridique, 2^e édition, 2018, p. 200, préc.

[34] CAA Nancy, 18 novembre 2020, *SCI Victor Hugo*, req. n° 20NC02103 ; v. également en ce sens : CAA Bordeaux, 10 novembre 2014, *Communauté intercommunale des villes solidaires*, req. n° 13BX00260, *Contrats et Marchés publics*, 2015, comm. n° 22, note M. Ubaud-Bergeron.

[35] D. Moreau, « Cinq ans d'application du principe de loyauté des relations contractuelles devant le juge administratif », *RJEP*, n° 723, octobre 2014, étude 7.

[36] G. Pellissier, concl. sur CE, 21 octobre 2019, *Commune de Chaumont*, req. n° 416616, préc.

[37] E. Felmy, concl. sur CAA Marseille, 23 décembre 2013, *Association Boitaclous*, req. n° 11MA02463.

[38] D. Moreau, « Cinq ans d'application du principe de loyauté des relations contractuelles devant le juge administratif », *RJEP*, n° 723, octobre 2014, étude 7, préc.

[39] E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault et Cie, 1^{re} édition, t. I, 1887, p. 456 : « L'indépendance réciproque des autorités judiciaire et administrative exige que cette appréciation puisse être faite de part et d'autre avec une entière indépendance. L'une des juridictions ne saurait donc être liée par celle qui a statué la première. ».

[40] CE, sect., 12 juillet 1929, *Vasin* : Rec. p. 716.

[41] M. Douchy-Oudot, « Autorité de la chose jugée. Autorité de la chose judiciairement jugée à l'égard des autorités et des juridictions administratives », *J.-Cl. Procédure civile*, fasc. 900-35, 2018.

[42] CE, ass., 8 janvier 1971, *Ministre de l'Intérieur c/ Dame Desamis*, req. n° 77800 : « si, en principe, l'autorité de la chose jugée au pénal ne s'impose aux autorités et juridictions administratives qu'en ce qui concerne les constatations de fait que les juges répressifs ont retenues et qui sont le support nécessaire de leurs décisions, il en est autrement lorsque la légalité d'une décision administrative est subordonnée à la condition que les faits qui servent de fondement à cette décision constituent une infraction pénale ; que dans cette dernière hypothèse, l'autorité de la chose jugée s'étend exceptionnellement à la qualification juridique donnée aux faits par le juge pénal » ; solution constamment rappelée, notamment par CE, 10 octobre 2003, *Commune de Soisy-sous-Montmorency*, req. n° 242373.

[43] Malgré une jurisprudence isolée d'une cour administrative d'appel qui étend l'autorité de la chose jugée à la qualification juridique retenue par le juge pénal (CAA Bordeaux, 10 novembre 2014, *Communauté intercommunale des villes solidaires*, req. n° 13BX00260). Cette solution, non réaffirmée par ailleurs, est contraire à celle d'autres arrêts de juges du fond (v. en ce sens : CAA Marseille, 23 décembre 2013, *Association Boitaclous*, req. n° 11MA02463, préc.) et ne peut valablement se rattacher à l'exception *Desamis*, la légalité d'un contrat de la commande publique n'étant jamais subordonnée à ce que les faits qui le fondent constituent une infraction pénale.

[44] CE, sect., 6 janvier 1995, *Nucci*, req. n° 145898 ; CE, 29 novembre 1999, *Wach*, req. n° 179624 ; CE, sect., 28 juillet 2000, *Diagola*, req. n° 210367.

[45] CE, ass., 5 mai 1976, *Lerquemain*, req. n° 98276.

[46] V. par ex. : CE, ass., 12 avril 2002, *Papon*, n° 238689.

[47] Cass. 2^e civ., 14 décembre 2000, pourvoi n° 99-14.221 ; Cass. 1^{re} civ., 24 octobre 2012, pourvoi n° 11-20.442.

[48] Cass. crim., 5 décembre 2012, pourvoi n° 11-88.245 : « l'élément intentionnel du délit de favoritisme est caractérisé par le seul accomplissement, en connaissance de cause, [...] [d']actes contraires aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics » ; v. également en ce sens : Cass. crim., 14 janvier 2004, pourvoi n° 03-83.396 ; Cass. crim., 19 octobre 2005, pourvoi n° 04-87.312 ; J.-D. Dreyfus, « Portée du délit de favoritisme : *dura lex sed lex* », *AJDA*, 2007, p. 853.

[49] V. par ex. : CE, 15 mars 2019, *Société anonyme gardéenne d'économie mixte*, req. n° 413584, préc. ; CAA Marseille, 23 décembre 2013, *Association Boitaclous*, req. n° 11MA02463, préc.

[50] CE, 10 octobre 2012, *Commune de Baie-Mahault*, req. n° 340647, préc.

[51] V. par ex. : CE, 15 mars 2019, *Société anonyme gardéenne d'économie mixte*, req. n° 413584, préc.

[52] Cass. crim., 6 janvier 2021, pourvoi n° 20-80.508 ; Ch. Clavierie-Rousset, « Violation des règles de passation des marchés publics et favoritisme », *Droit pénal*, n° 3, mars 2021, comm. 43.

[53] F. Lichère, « Élections / Élus - La déontologie et l'attribution des contrats publics », *JCP A*, n° 47, 23 novembre 2020, p. 2304, préc.

[54] V. par ex. : CAA Douai, 10 mai 2016, *Syndicat intercommunal de création et de gestion de la fourrière pour animaux errants de Lille et ses environs*, req. n° 13DA00047 (résiliation avec effet différé) ; CAA Paris, 8 juillet 2016, *Société Espace surveillance*, req. n° 15PA01630 (résiliation sans effet différé).

[55] V. par ex. : CAA Nancy, 26 septembre 2017, *Société Schiocchet Excursions*, req. n° 16NC00080.

[56] CE, ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, req. 304802, préc. ; CE, ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, req. n° 358994, préc.

[57] CE, 21 février 2011, *Société Veolia Propreté*, req. n° 335306.

[58] CE, 9 novembre 2018, *Société Cerba et autres*, req. n° 420654.

[59] CAA Paris, 17 mars 2014, *Société Elektron*, req. n° 12PA00199.

[60] CAA Nancy, 17 décembre 2012, *Société Bancel*, req. n° 11NC00416 confirmé par CE, 3 décembre 2014, req. n° 366153.

[61] CE, 15 mars 2019, *Société anonyme gardéenne d'économie mixte*, req. n° 413584, *BJCP* 2019, n° 124, p. 189, concl. O. Henrard.

[62] V. par ex. : CAA Marseille, 10 octobre 2011, *Département de la Corse du sud*, req. n° 09MA04637.

[63] CAA Douai, 4 octobre 2012, *Agence Nathalie A.*, req. n° 11DA01878.

[64] O. Guézou, *Traité de contentieux de la commande publique*, Le Moniteur, coll. Référence juridique, 2^e édition, 2018, p. 198, préc.

[65] CAA Marseille, 26 juin 2017, *Préfet des Alpes-Maritimes*, req. n° 16MA02341.

[66] V. par ex. : CAA Marseille, 23 décembre 2013, *Association Boitaclous*, req. n° 11MA02463, préc.

[67] V. par ex. : CAA Bordeaux, 14 mai 2013, *SARL FD2F*, req. n° 11BX02368.

[68] O. Guézou, *Traité de contentieux de la commande publique*, Le Moniteur, coll. Référence juridique, 2^e édition, 2018, p. 193, préc.

[69] CE, ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, req. 304802, préc. ; CE, ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, req. n° 358994, préc.

[70] CE, 6 novembre 2013, *Commune de Marsanay-la-Côte*, req. n° 365079 ; CE, 15 mars 2019, *Société anonyme gardéenne d'économie mixte*, req. n° 413584, préc. ; W. Gremaud, *La régularisation en droit administratif*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 205, 2021, p. 124.

REGARDS SUR L'ACTUALITE JURIDIQUE



La CJUE désmirgeome-t-elle le droit français de la commande publique ?

Par Alexandre Radoszycki

Regard croisé sur les jurisprudences européennes et françaises suite à l'arrêt NAMA Symvouloi rendu par le Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) le 24 mars 2021 [1].

La fin de la « smirgeomisation » est-elle proche ? Après ses arrêts *Fastweb* [2] et *PFE* [3], la CJUE a rendu un nouvel arrêt important, *NAMA Symvouloi*, concernant les recours des concurrents évincés des contrats de la commande publique. La Cour de justice s'est explicitement prononcée, pour la première fois, sur les moyens opérants dans le cadre de tels recours.

Pour rappel, le Conseil d'Etat (CE) a jugé dans son arrêt *SMIRGEOMES* [4], revenant sur sa jurisprudence *Sté Stéreau* [5], que : « les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements ; qu'il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquant de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ».

Avec cette jurisprudence, le juge administratif énonçait certes que le requérant, pour justifier d'un intérêt à agir, devait être susceptible d'être lésé par les manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence mais qu'en outre, n'étaient opérants que les manquements ayant été susceptibles de l'avoir lésé ou risquant de le léser.

Dans ses conclusions sur cette affaire, le rapporteur public Bertrand Dacosta expliquait que cette restriction, quant à l'opérance des moyens, était compatible avec le droit communautaire, et plus particulièrement les directives « recours » [6], telles qu'interprétées par la CJUE dans ses arrêts CJUE, *Hackermüller* [7] et *Grossman Air Services* [8].

Puis, avec sa décision *Département Tarn-et-Garonne* [9], le juge du Palais-Royal « smirgeomisait » le recours en contestation de la validité d'un contrat instauré par la décision *Société Tropic Travaux Signalisation* [10]. Il exige désormais, au fond et en référé, quasiment le même « double filtre » [11], au stade de l'intérêt à agir et de l'opérance des moyens.

Toutefois, depuis 2013 et son arrêt *Fastweb*, la CJUE n'a eu de cesse d'élargir l'intérêt à agir des concurrents évincés au point de remettre partiellement en cause la jurisprudence *SMIRGEOMES* (I). Avec son arrêt du 24 mars 2021, les juges du plateau du Kirchberg ont remis un peu plus en cause cette jurisprudence, au point que le maintien de celle-ci peut être sérieusement questionné (II).

I- La remise en cause partielle de la jurisprudence *SMIRGEOMES*

Dans son arrêt *Fastweb* de 2013, la CJUE a jugé que les directives « recours » s'opposent à ce que le recours d'un soumissionnaire, dont l'offre aurait dû être exclue, soit déclaré irrecevable pour ce motif sans qu'ait été examinée au préalable la conformité/régularité tant de son offre que de celle de l'entreprise attributaire.

Ainsi, un soumissionnaire justifie d'un intérêt à agir pour contester la régularité de l'offre de l'attributaire quand bien même son offre ou sa candidature a été jugée elle-même irrégulière par le pouvoir adjudicateur. La CJUE a ensuite précisé dans son arrêt *PFE* de 2016 que la jurisprudence *Fastweb* s'applique peu importe le nombre de soumissionnaires : « *Le nombre de participants à la procédure de passation du marché public concerné, de même que le nombre de participants ayant introduit des recours ainsi que la divergence des motifs soulevés par eux, ne sont pas pertinents pour l'application du principe jurisprudentiel résultant de l'arrêt Fastweb* ».

Elle a enfin ajouté dans son arrêt *Archus et Gama* [12], que le soumissionnaire dont l'offre ou la candidature a été exclue par le pouvoir adjudicateur a un intérêt à agir contre l'admission de l'offre de l'attributaire, tant parce que cela peut conduire à ce qu'un autre soumissionnaire obtienne le marché dans la même procédure, que parce que cela peut donner lieu à la relance de la procédure de passation et ainsi lui octroyer une nouvelle chance d'obtenir le marché en cause.

En résumé, selon la CJUE, un soumissionnaire qui a vu sa candidature/son offre exclue justifie d'un intérêt à agir tant contre la décision qui prononce son exclusion que contre la décision admettant l'offre d'un concurrent/de l'attributaire, et ce, peu importe le nombre d'opérateurs économiques ayant candidaté. En effet, en cas d'exclusion de l'offre de l'attributaire, le marché pourrait être relancé permettant à nouveau à l'entreprise requérante de l'obtenir.

De son côté le Conseil d'Etat avait une position différente pour ne pas dire contraire. Il a effectivement pu juger en 2011 en référé, dans son arrêt *Syndicat Ody 1218 newline du Lloyd's de Londres et Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH)* [13] qu'un requérant dont la candidature a été écartée ou l'offre jugée

inappropriée, irrégulière ou inacceptable ne pouvait utilement soulever l'irrégularité de la candidature/l'offre de l'attributaire. Le requérant n'étant pas susceptible d'avoir été lésé par un tel manquement.

Avec l'arrêt *Fastweb* de 2013, la jurisprudence du Conseil d'Etat de 2011 était ainsi remise en cause. A noter cependant que la CJUE avait rendu ses arrêts au regard de l'intérêt à agir du requérant, soit la recevabilité de la requête, alors que le Conseil d'Etat l'avait fait au regard de l'opérance des moyens.

Le Conseil d'Etat a, dans un premier temps, été confronté à la question dans le cadre du recours *Tarn-et-Garonne*. Par son arrêt *Société Cerba* [14], il a rendu une décision équivalente à celle de son arrêt *Syndicat Ody 1218 newline du Lloyd's de Londres* précité. Pour justifier cette décision, Gilles Pellissier, rapporteur public de cette affaire, expliquait dans ses conclusions que le recours « *Tarn-et-Garonne* » ne relevait pas des directives « recours » mais surtout était différent du référé précontractuel. En effet, le contrat ayant été conclu, l'éventualité d'une remise en concurrence était ici incertaine et l'objet du recours « *ne justifiait pas de faire un sort particulier au cas où l'offre retenue était irrégulière* ».

Toutefois la juridiction administrative suprême a, dans un second temps, dans un arrêt *Clean Building* [15], appliqué en référé contractuel, les principes jurisprudentiels posés par les arrêts *Fastweb* et *PFE*. Il a effectivement jugé que : « *la circonstance que l'offre du concurrent évincé, auteur du référé contractuel, soit irrégulière ne fait pas obstacle à ce qu'il puisse se prévaloir de l'irrégularité de l'offre de la société attributaire du contrat en litige* ».

Consécutivement à cette décision, l'arrêt *Société Cerba*, précité a fait l'objet de quelques critiques de la part de certains auteurs [16], notamment du fait que ces deux recours (référé contractuel et recours *Tarn-et-Garonne*) sont exercés postérieurement à la conclusion du contrat et qu'ils ont tous les deux pour finalité la remise en cause de l'attribution de celui-ci.

Par ailleurs, G. Pellissier, également rapporteur public de cette affaire, a rapidement balayé la difficulté concernant les différents stades d'appréciation de l'intérêt lésé entre la CJUE (recevabilité de la requête) et le Conseil d'Etat (opérance des moyens), en arguant que : « *La condition de lésion sur laquelle est susceptible de jouer la régularité de l'offre ou de la candidature se situe dans la directive au niveau de l'accès au*

recours. La CJUE se prononce donc sur les effets de l'irrégularité de la candidature ou de l'offre sur la possibilité d'obtenir, par la voie contentieuse, l'annulation de la procédure ou du contrat. Or, au regard de cette finalité, que l'obstacle fondé sur l'irrégularité de la candidature ou de l'offre du requérant lui soit opposé au stade de la recevabilité de son recours ou de l'opérance de tous les manquements qu'il pourrait invoquer pour obtenir ce qu'il demande, le résultat est exactement le même

[...] Ce qui apparaît donc déterminant pour la cour est de garantir l'effet potentiellement utile du recours qui est à la fois d'éviter que le contrat soit attribué à une offre irrégulière et de donner une chance aux candidats évincés de présenter de nouvelles offres régulières dans le cadre d'une nouvelle procédure régulière, rétablissant ainsi les conditions d'une égale concurrence ».

La jurisprudence *SMIRGEOMES* a donc, en partie, été remise en cause [17]. Toutefois avec son arrêt du 24 mars 2021, *NAMA Symvouloi*, la CJUE s'est explicitement prononcée, pour la première fois, sur les moyens invocables dans le cadre des recours soumis aux directives « recours », questionnant une nouvelle fois cette jurisprudence en date de 2008.

II - La remise en cause totale de la jurisprudence *SMIRGEOMES* ?

Par son arrêt *NAMA Symvouloi*, la CJUE a une fois de plus élargi l'intérêt à agir d'un soumissionnaire dont l'offre a été exclue. En effet, elle a estimé qu'il peut agir contre la décision prononçant l'exclusion de son offre à tout moment de la procédure de passation ainsi que contre celle admettant l'offre de ses concurrents.

L'intérêt de cet arrêt réside cependant sur les moyens opérants dans le cadre de ce recours. La CJUE énonce en effet que : « *S'agissant des moyens qu'un soumissionnaire évincé peut soulever dans le cadre d'un tel recours, il convient d'observer que la directive 92/13 ne prévoit pas d'autre exigence que celle fixée à l'article 1^{er}, paragraphe 1, de celle-ci, à savoir que ce soumissionnaire peut invoquer des moyens tirés de la violation du droit de l'Union en matière de marchés publics ou des règles nationales transposant ce droit [...] Il en ressort que le soumissionnaire évincé est en droit de soulever tout moyen contre la décision d'admission d'un autre soumissionnaire, y compris ceux qui ne présentent pas de lien avec les irrégularités en raison desquelles son offre a été exclue* ».

Ainsi, un soumissionnaire dont l'offre a été exclue peut soulever tout moyen contre l'admission de l'offre d'un concurrent.

S'il était question d'interpréter largement ce paragraphe, nul doute que la jurisprudence *SMIRGEOMES*, fondée sur la notion de lésion, deviendrait caduque. Toutefois, il ne faudrait pas tirer des conclusions trop hâtives sur ce point.

Tout d'abord, la CJUE répond à une question concernant une entreprise dont l'offre a été exclue et non analysée, et c'est dans ce cadre qu'elle estime que le requérant peut soulever tout moyen pour que soit écartée l'offre de l'attributaire ou de l'un de ses concurrents encore en lice. Rien ne permet d'affirmer qu'elle adoptera la même position dans le cas où l'offre a été analysée et notée par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice. De plus, un requérant dont l'offre aurait été notée serait sans nul doute lésé si l'offre/la candidature de l'attributaire aurait dû être jugée irrégulière.

En outre, le Conseil d'Etat, et plus particulièrement G. Pellissier, avait, semble-t-il, anticipé cette jurisprudence de la CJUE en ce sens où il avançait, dans ses conclusions dans l'affaire *Clean Building*, que : « *Les seules limites de cette jurisprudence tiennent d'une part à ce qu'il s'agisse de la même procédure, d'autre part à ce que le manquement invoqué par le requérant tiennent à l'irrégularité de la candidature ou de l'offre retenue. Sur ce dernier point, la Cour a précisé la référence de l'arrêt Fastweb à l'invocation de "motifs de nature identique" en indiquant que "la divergence des motifs soulevés" par les participants à la procédure était sans incidence pour l'application de ces principes [...]. Les causes des irrégularités peuvent donc être différentes ; mais, bien qu'il y ait matière à hésitation, nous comprenons les arrêts de la Cour comme faisant référence à des motifs d'irrégularité des offres, de sorte que ce n'est que lorsque l'irrégularité de l'offre retenue est invoquée par le requérant que l'irrégularité de sa propre offre ne peut lui être opposée* ».

Ainsi, G. Pellissier mentionnait déjà que les causes d'irrégularité ayant conduit à l'exclusion de l'offre du requérant et celles devant entraîner l'exclusion de celle de l'attributaire pouvaient être différentes. Il laissait ainsi entrevoir que dans ce cas, le requérant pouvait soulever tout moyen pour obtenir l'exclusion de l'offre de l'attributaire. En résumé, il n'est pas certain que la jurisprudence *NAMA Symvouloi* impose au Conseil d'Etat de franchir un pas supplémentaire vers la « désmirgeomisation ».

Le filtre de la lésion au stade de l'opérance des moyens ne semble donc pas, en l'état, être condamné par la CJUE.

En revanche, la Cour de cassation, également juge du référé précontractuel et contractuel [18] pour les contrats de droit privé de la commande publique, s'est-elle inscrite dans la lignée de la décision *Syndicat Ody 1218 newline du Lloyd's de Londres* précitée. En effet, dans un arrêt du 27 janvier 2021 [19], elle a cassé l'ordonnance du tribunal de grande instance de Paris qui avait estimé que l'acheteur privé n'avait pas respecté ses obligations de publicité et de mise en concurrence, au motif que le tribunal n'a pas, au préalable, recherché, comme il y était invité par l'acheteur, si la candidature de l'entreprise requérante était irrégulière. Or, à défaut de candidature régulière, l'entreprise soumissionnaire ne pouvait justifier d'un intérêt à agir. Cette jurisprudence semble donc contraire aux décisions rendues par la CJUE [20].

En conclusion, la jurisprudence tant de la CJUE que des juridictions nationales fait encore l'objet de nombreux questionnements et feront possiblement, voire probablement, l'objet d'ajustements à l'avenir. Si la jurisprudence *SMIRGEOMES* ne semble pas remise en cause par l'arrêt de la CJUE du 24 mars 2021, elle n'en est pas pour autant tirée d'affaire.



Alexandre Radoszycki

Références :

- [1] : CJUE, C-771/19, 24 mars 2021, *NAMA Symvouloi*
- [2] : CJUE, C-100/12, 4 juillet 2013, *Fastweb SpA c. Azienda Sanitaria Locale di Alessandria*
- [3] : CJUE, C- 689/13, 5 avril 2016, *Puligienica Facility Esco SpA (PFE)*
- [4] : CE, n°305420, 3 octobre 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur est de la Sarthe (SMIRGEOMES)*
- [5] : CE, n°213958, 16 octobre 2000, *Société Stéreau*
- [6] : Directives 89/665/CEE du 21 décembre 1989 et 92/13/CEE du 25 février 1992 modifiées par la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007
- [7] : CJUE, C-249/01, 19 juin 2003, *Werner Hackermüller*
- [8] : CJUE, C-230/02, 12 février 2004, *Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG*
- [9] : CE, n°358994, 4 avril 2014, *Département Tarn-et-Garonne*
- [10] : CE, n°291545, 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*
- [11] : B. Dacosta, conclusions sur l'affaire CE, n°358994, 4 avril 2014, *Département Tarn-et-Garonne*
- [12] : CJUE, C-131/16, 11 mai 2017, *Archus sp. z o.o. et Gama Jacek Lipik c. Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A*
- [13] : CE, n°s 354652, 354709, 11 avril 2012, *Syndicat Ody 1218 newline du Lloyd's de Londres et Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH)*
- [14] : CE, n°s 420654, 420663, 9 novembre 2018, *Société Cerba et Caisse nationale d'assurance maladie*
- [15] : CE, n°435982, 27 mai 2020, *Sté Clean Building*
- [16] : J. BOUSQUET, « Nouvelles précisions sur l'étendue de l'office du juge et des moyens opérants en référé contractuel », *Revue Droit administratif*, n°8-9- Août-Septembre 2020
- [17] : G. Pellissier faisant valoir dans ses conclusions que la jurisprudence *Clean Building* s'appliquait également en référé précontractuel
- [18] : Cf. ordonnance 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique
- [19] : Cass. Com. n°18-20.783, 27 janvier 2021
- [20] : Pour un commentaire de cet arrêt, J. DIETENHOEFFER « Intérêt à agir en référé précontractuel devant le juge judiciaire », *Revue Contrats et marchés publics*, n°4 – Avril 2021



FORMULAIRE D'ADHESION

Année 2021-2022

BENEFICIAIRE

NOM / Prénom :

Promotion :/.....

Email :

Profession :

Structure :

Je souhaite recevoir les offres de collaborations du réseau IDPA

PAIEMENT DE LA COTISATION

- Conformément à l'article 8 alinéa 2 des statuts de l'Association de l'IDPA précisant que « *la qualité de membre bénéficiaire de l'Association est subordonnée au renseignement et au retour du formulaire d'inscription ainsi qu'au paiement d'une cotisation annuelle d'un montant de 25 euros (vingt cinq euros).* », **j'acquiesce la cotisation annuelle de 25 euros :**

- par paiement sécurisé en ligne, à l'adresse suivante : <https://www.cotizasso.com/participation/cotisation-annuelle-anciens-etudiants/2706> (l'envoi du présent formulaire n'est pas nécessaire) ;
- par chèque à l'ordre **Association de l'IDPA** (chèque à envoyer avec le présent formulaire à l'adresse : Mme Jennifer OBRERO, 5 rue Pasteur, 94130 Nogent-Sur-Marne) ;
- par virement bancaire (avec envoi du présent formulaire à Mme Jennifer OBRERO, 5 rue Pasteur, 94130 Nogent-Sur-Marne) sur le compte :

Association de l'IDPA

IBAN : FR76 3000 4019 6000 0104 2908 155 BIC : BNPAFRPPXXX

- Dès réception du présent formulaire et du paiement, un reçu vous sera envoyé par mail au format pdf.



Association
IDPA

1, rue Pierre-Antoine Berryer
93130 Issy-les-Moulineaux
contact@association-idpa.com