



Commentaire

Décision n° 2020-857 QPC du 2 octobre 2020

Société Bâtiment mayennais

(Référé contractuel applicable aux contrats de droit privé de la commande publique)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 8 juillet 2020 par la Cour de cassation (chambre commerciale, arrêt n° 474 du même jour) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par la société Bâtiment mayennais, portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles 11 à 20 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique.

Dans sa décision n° 2020-857 QPC du 2 octobre 2020, le Conseil constitutionnel a déclaré l'article 16 de l'ordonnance du 7 mai 2009 conforme à la Constitution.

I. – Les dispositions contestées

A. – Présentation des dispositions contestées

1. – Les contrats de la commande publique

* Pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, un acheteur peut choisir de faire appel à un ou plusieurs opérateurs économiques. Certains acheteurs doivent, dans la procédure de choix, se soumettre aux règles de la commande publique imposant des obligations particulières de publicité et de mise en concurrence afin de garantir l'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un tel contrat.

Issu dans une large part du droit de l'Union européenne¹, le droit de la commande publique est le résultat d'une « *lente convergence du droit français vers ce droit de l'Union européenne rompant avec nos distinctions classiques fondées sur la*

¹ Comme l'indique M. Stéphane Braconnier, « *Les marchés publics et les concessions forment l'un des secteurs dans lesquels l'impact du droit de l'Union européenne sur le droit national est le plus perceptible. C'est le droit de l'Union européenne qui, dans ce domaine, a sans doute suscité le plus d'interrogations et a provoqué le plus d'évolutions, législatives, réglementaires ou jurisprudentielles* » (in *Précis du droit de la commande publique*, Éditions Le Moniteur, 2019, p. 55 et s.).

différence entre contrats privés et contrats administratifs et entre personnes publiques et personnes privées »².

Dépourvus de définition jusqu'à l'entrée en vigueur du code de la commande publique, les contrats de la commande publique se caractérisent par deux critères : d'une part, l'existence d'un « besoin » exprimé par une personne publique ou une personne privée placée sous l'influence, organique ou financière, d'une personne publique et, d'autre part, le caractère onéreux du contrat.

Ainsi, avant la transposition des directives de 2014³, les contrats de la commande publique recouvraient les marchés⁴, les délégations de service public, les partenariats public-privé, les concessions de travaux publics et les concessions d'aménagement.

Puis, pour tenir compte du nouveau cadre européen, le droit national des marchés publics et des concessions a été restructuré en deux volets, avec, d'une part, l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et, d'autre part, l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession⁵.

Enfin, l'adoption du code de la commande publique⁶, entré en vigueur le 1^{er} avril 2019, a permis de mettre fin à l'émiettement des sources du droit de la commande publique. En application de l'article L. 2 de ce code, les contrats de la commande publique sont définis comme « *les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services avec un ou plusieurs opérateurs économiques* ». Les contrats de la commande publique recouvrent ainsi les marchés publics définis à l'article L. 1110-1 du même code (c'est-à-dire les marchés, les

² Mme Marion Ubaud-Bergeron, « Le champ d'application organique des nouvelles dispositions », *Revue française de droit administratif*, 2016, p. 218.

³ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE et directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, transposées par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics et le décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatifs aux marchés publics et aux marchés publics de défense ou de sécurité ; directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, transposée par l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et le décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016, relatif aux contrats de concession.

⁴ Parmi lesquels les marchés soumis au code des marchés publics, les marchés soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, les marchés passés par les concessionnaires de travaux publics et par les concessionnaires d'aménagement.

⁵ Ordonnances n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (cette ordonnance a abrogé le code des marchés publics) et n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

⁶ Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique et décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique.

marchés de partenariat et les marchés de défense ou de sécurité) et les contrats de concession définis à l'article L. 1120-1.

* Construit sous l'influence du droit de l'Union européenne et autour des notions de pouvoir adjudicateur et d'entité adjudicatrice⁷, qui incluent nombre de personnes privées, le droit de la commande publique ne modifie en rien les règles de qualification du caractère administratif ou de droit privé des contrats qui lui sont soumis. Ainsi, les contrats de la commande publique peuvent être des contrats administratifs ou des contrats de droit privé et être, de ce fait, justiciables du juge administratif ou du juge judiciaire.

Par exemple, la compétence du juge judiciaire a pu s'étendre aux marchés passés par les personnes morales de droit privé relevant de l'ordonnance du 6 juin 2005⁸ en tant que pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice, et répondant aux trois critères de l'organisme de droit public : être doté de la personnalité juridique, avoir été créé pour répondre à des besoins d'intérêt général autres qu'industriel et commercial et être en situation de dépendance financière ou administrative par rapport à un pouvoir adjudicateur⁹. De même, comme le rappelle M. Pierre Delvolvé, « *l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et celle du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, chacune dans leur article 3, et aujourd'hui le Code de la commande publique [...] dans son article L. 6, disposent que les contrats qui en relèvent "conclus par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs" : le critère organique suffit, sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur les aspects matériels ; a contrario, les contrats d'un même type passés par des personnes de droit privé sont des contrats de droit privé* »¹⁰.

⁷ L'article L. 1211-1 du code de la commande publique dispose que : « *Les pouvoirs adjudicateurs sont : / 1° Les personnes morales de droit public ; / 2° Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont : / a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ; / b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ; / c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ; / 3° Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun* ». Les entités adjudicatrices sont des pouvoirs adjudicateurs qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux.

⁸ Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

⁹ Tel est le cas de sociétés comme Aéroports de Paris, La Poste, ou Gaz de France (GDF) et Électricité de France (EDF), de la plupart des sociétés d'économie mixtes locales, des sociétés publiques locales, des associations dont les ressources sont principalement procurées par des personnes publiques, ou encore des organismes privés d'habitation à loyer modéré. Voir Mme Marion Ubaud-Bergeron, précité, p. 531.

¹⁰ M. Pierre Delvolvé, « Le contentieux récent de la validité des contrats publics : essai de comparaison entre contrats administratifs et contrats de droit privé », in *La scène juridique : harmonies en mouvement, Mélanges en l'honneur de Bernard Stirn*, Dalloz, 2019, p. 165 et s.

Ainsi, en application de l'article L. 6 du code de la commande publique, deux types de contrats relevant de ce code sont des contrats de droit privé :

- tous les contrats conclus par un acheteur personne privée ;
- certains contrats conclus par un acheteur personne publique. Il s'agit des « *autres marchés publics* » et des « *autres contrats de concession* » respectivement mentionnés au livre V de la deuxième partie et au livre II de la troisième partie du même code (par exemple les quasi-régies, les contrats de coopération entre pouvoirs adjudicateurs, certains contrats liés à la sécurité ou à la protection d'intérêts essentiels de l'État *etc.*), à la condition qu'ils ne satisfassent pas, « *en raison de leur objet ou de leurs clauses* », aux critères jurisprudentiels du contrat administratif.

2. – Les référés ouverts aux candidats évincés d'un contrat de la commande publique

* Toujours sous l'influence de directives européennes imposant aux États de mettre en place des procédures permettant de garantir le respect du droit de la commande publique, ont été créées deux procédures de référés, l'une applicable avant la signature du contrat (référé précontractuel) et l'autre après celle-ci (référé contractuel). Compte tenu du partage de compétences entre les deux ordres de juridiction selon la nature publique ou privée du contrat, la transposition de ces directives, opérée en dernier lieu par l'ordonnance du 7 mai 2009¹¹, a conduit à adopter des procédures applicables, de manière identique, devant le juge administratif et le juge judiciaire. Ainsi, il existe, devant chaque ordre de juridiction, un référé précontractuel¹² et un référé contractuel¹³ dont les juges administratif et judiciaire font une application similaire¹⁴.

¹¹ Ordonnance du 7 mai 2009 précitée, qui a pour objet de transposer la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics. Cette ordonnance a été ratifiée par le paragraphe I de l'article 113 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives. La transposition a par ailleurs été complétée par le décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009 relatif aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique.

¹² Articles L. 551-1 à L. 551-12 du code de justice administrative pour la procédure devant le juge administratif et articles 2 à 10 de l'ordonnance du 7 mai 2009 précitée pour la procédure devant le juge judiciaire.

¹³ Articles L. 551-13 à L. 551-23 du code de justice administrative pour la procédure devant le juge administratif et articles 11 à 20 de l'ordonnance du 7 mai 2009 précitée pour la procédure devant le juge judiciaire.

¹⁴ Voir par exemple M. Pierre Delvolvé, précité p. 174 ; M. Jean-Luc Rouchon, M. Boris Ruy et Mme Anna Maria Smolinska, « Le contentieux de la commande publique : quelles solutions juridictionnelles pour le candidat évincé », *Contrats et marchés publics, Revue mensuelle lexisnexis jurisclasseur* – mars 2015 ; MM. Paul Peyret et Lionel Levain, « Panorama des recours ouverts à l'encontre des contrats privés de la commande publique », *Contrats et marchés publics*, août-septembre 2013, comm. 7 ; M. Frédéric Dieu, « Les juges de cassation et les référés de la commande publique : aspects d'une convergence », *Contrats et marchés publics*, avril 2014, étude 3.

* Ces référés sont ouverts en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices des contrats (de droit privé ou de droit public) « *ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation* ». Les personnes habilitées à engager ces procédures sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et sont susceptibles d'être lésées par le manquement qu'elles invoquent¹⁵.

a. – Le référé précontractuel

Issues de la directive du 21 décembre 1989¹⁶ qui avait été transposée par la loi du 4 janvier 1992¹⁷, les dispositions relatives au référé précontractuel résultent aujourd'hui, ainsi qu'il a été dit, de l'ordonnance du 7 mai 2009 transposant la directive du 11 décembre 2007 précitée.

* Ce référé, qui a pour but de prévenir la passation d'un contrat qui méconnaîtrait les règles de publicité et de mise en concurrence, peut être exercé jusqu'à la signature du contrat. Si le contrat est signé en cours d'instance, le juge constate qu'il n'y a plus lieu de statuer¹⁸.

Pour garantir l'efficacité de ce recours et éviter que la réception d'une requête par l'autorité adjudicatrice ne précipite la signature du contrat, les articles 4 et 8 de l'ordonnance du 7 mai 2009 prévoient que « *Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du juge et jusqu'à la notification de la décision juridictionnelle* »¹⁹. Par ailleurs, pour la conclusion de certains contrats, l'efficacité est renforcée par l'obligation faite à l'autorité adjudicatrice de respecter un délai – dit de « *standstill* » ou, selon la commission de terminologie, de « *gel de la procédure* »²⁰ – entre la décision d'attribution du marché et la conclusion du contrat. Ce délai doit garantir

¹⁵ Articles 2, 5 et 11 de l'ordonnance du 7 mai 2009 pour les référés précontractuel et contractuel devant le juge judiciaire et articles L. 551-10 et L. 551-14 du code de justice administrative pour ces mêmes référés devant le juge administratif.

¹⁶ Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux.

¹⁷ Loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 relative aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux.

¹⁸ En revanche, il n'existe pas de délai pour introduire le recours et seule la signature du contrat met fin à la possibilité de saisir le juge : CE, 12 juillet 2017, n° 410832, *Société Études Créations et Informatique*.

¹⁹ Les articles L. 551-4 et L. 551-9 du code de justice administrative édictent cette même interdiction devant le juge administratif.

²⁰ *JORF* du 19 novembre 2008.

que les candidats évincés ont disposé, avant la signature du contrat, d'un temps nécessaire pour introduire, s'ils le souhaitent, un référé précontractuel.

Ce délai, qui peut varier de onze à seize jours en fonction des moyens de communication utilisés²¹, n'est toutefois pas prévu lorsque le marché est attribué au seul candidat ayant participé à la consultation²² et pour les marchés à procédure adaptée²³ (MAPA). Ces derniers font l'objet d'une « *procédure par laquelle l'acheteur définit librement les modalités de passation du marché, dans le respect des principes de la commande publique* » et de certaines dispositions du code de la commande publique, « *à l'exception de celles relatives à des obligations inhérentes à un achat selon une procédure formalisée* »²⁴. Il est possible d'y recourir au regard du montant du besoin (inférieur à certains seuils européens) ou en raison de l'objet du marché (services sociaux, juridiques, etc.).

* S'agissant des manquements susceptibles d'être invoqués, le Conseil d'État comme la Cour de cassation exigent qu'ils soient susceptibles, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, d'avoir lésé ou risqué de léser le requérant²⁵.

Pour le reste, le requérant peut invoquer des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence d'une grande diversité²⁶. S'agissant des règles de forme, le référé peut être fondé sur des motifs liés aux formalités substantielles que l'autorité contractante ne peut méconnaître²⁷. Il peut s'agir, par exemple, du défaut d'accomplissement de la publicité nationale ou européenne²⁸, ou de la méconnaissance du délai minimum pour la réception des offres²⁹. S'agissant des règles de fond, peuvent utilement être invoquées les spécifications techniques contenues dans un avis d'appel d'offres ayant pour effet de limiter la concurrence entre les fournisseurs³⁰ ou la méconnaissance des dispositions de règlement de consultation relatives aux références à produire par le candidat³¹. De la même manière, le fait de ne pas communiquer les motifs du rejet du candidat écarté dans

²¹ Article R. 2182-1 du code de la commande publique.

²² Article R. 2182-2 du code de la commande publique.

²³ CE, 31 octobre 2017, n° 410772, *Société MB Terrassements Bâtiments*.

²⁴ Article L. 2123-1 du code de la commande publique. Voir aussi les articles R. 2123-1 et suivants du même code.

²⁵ CE, 3 octobre 2008, n° 305420, *SMIRGEOMES* ; Cour de cassation, com. 23 octobre 2012, n° 11-23.521.

²⁶ Pour un exposé exhaustif, voir « Référé précontractuel », *Dictionnaire permanent Commande publique*, §47 et suivants.

²⁷ M. Stéphane Braconnier, précité, p. 479.

²⁸ CE, 10 juin 1994, n° 141633.

²⁹ CE, 14 mars 2003, n° 250808.

³⁰ CE, 3 novembre 1995, n° 152484.

³¹ CE, 10 février 1997, n° 169309.

les conditions prévues par les textes peut constituer un manquement susceptible d'être invoqué devant le juge du référé précontractuel³².

* Le juge du référé précontractuel statue en premier et dernier ressort³³ et dans un délai garantissant l'efficacité de la procédure³⁴. Il dispose d'un pouvoir d'injonction lui permettant d'ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations³⁵, de réexaminer l'offre du candidat évincé³⁶, de suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat ou, en ce qui concerne les référés intéressant les pouvoirs adjudicateurs, d'annuler la procédure dans son ensemble³⁷ ou de supprimer des clauses du contrat. Toutefois, si le juge estime, en considération de l'ensemble des intérêts en présence et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages, il peut ne pas les prononcer.

b. – Le référé contractuel (les dispositions renvoyées)

Le référé contractuel présente un champ personnel et matériel identique au référé précontractuel et permet de contester la validité d'un contrat de la commande publique après sa signature dans un délai d'un ou six mois³⁸. Le juge dispose d'un délai d'un mois pour statuer.

* La création du référé contractuel par l'ordonnance du 7 mai 2009 a pour objet de prévoir une voie de recours réservée aux violations les plus graves du droit de l'Union européenne de la commande publique et aux requérants qui ont été privés, du fait de l'attitude du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, de la possibilité d'exercer un référé précontractuel³⁹.

³² CE, 21 janvier 2004, n° 253509.

³³ Pour le juge administratif, cette précision est directement introduite par l'ordonnance dans les dispositions du code de justice administrative ; pour le juge judiciaire, elle est insérée dans le décret du 27 novembre 2009 précité qui complète la transposition de la directive.

³⁴ Le délai maximal pour statuer, fixé par voie réglementaire, est de vingt jours. Le juge ne peut toutefois pas statuer avant un délai minimum qui peut être de onze ou seize jours (article 1441-2 du code de procédure civile et article R. 551-5 du code de justice administrative).

³⁵ Le juge peut par exemple enjoindre au pouvoir adjudicateur de retirer un critère illégal du règlement de consultation (CE, 25 juillet 2001, n° 229666).

³⁶ CE, 14 décembre 2009, n° 325830.

³⁷ CE, 28 avril 2006, n° 280197.

³⁸ Le délai est d'un mois à compter de l'avis d'attribution ou de la notification de la conclusion et de six mois en l'absence de tels actes.

³⁹ Les auteurs de la directive comme ceux des textes qui en ont assuré la transposition ont entendu privilégier la contestation avant la passation du contrat, la nullité d'une procédure de passation apparaissant moins grave que celle du contrat lui-même. C'est la raison pour laquelle le référé contractuel est en principe fermé à ceux qui ont exercé un référé précontractuel ou qui auraient pu l'engager.

Ainsi, dans le cas où le requérant a exercé un référé précontractuel et que l'autorité adjudicatrice a respecté l'obligation qui lui est faite de ne pas signer le contrat jusqu'à la notification de la décision juridictionnelle à laquelle elle s'est conformée, le requérant ne peut pas introduire de référé contractuel (fermeture dite « *automatique* » du référé contractuel)⁴⁰. Il en est de même quand, alors même qu'il n'est pas soumis à une obligation de publicité préalable ou à l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus, le pouvoir adjudicateur a, avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication (fermeture dite « *manuelle* », car à la main de l'acheteur)⁴¹.

* Dans le cadre de ce référé, le juge dispose de la faculté d'annuler les contrats ayant fait l'objet des plus graves violations des règles de publicité, c'est-à-dire les contrats conclus illégalement de gré à gré. Ainsi, le juge prononce, sauf raison impérieuse d'intérêt général, l'annulation du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise ou lorsque a été omise une publication au *Journal officiel* de l'Union européenne dans le cas où cette publication était prescrite (premier alinéa de l'article 16 de l'ordonnance du 7 mai 2009 pour les contrats de droit privé) et lorsque le contrat est conclu en méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique (deuxième alinéa du même article 16)⁴². Lorsque l'annulation d'un contrat est prononcée pour l'un de ces motifs, elle n'est pas subordonnée à la condition que le manquement ait affecté les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat⁴³.

En revanche, dans les cas où les conditions de signature du contrat ont privé le candidat évincé de la possibilité de former un référé précontractuel, c'est-à-dire lorsque le contrat a été signé alors qu'un référé précontractuel avait été introduit ou avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une offre, le juge du référé contractuel

⁴⁰ Article 12 de l'ordonnance du 7 mai 2009 pour les contrats de droit privé et article L. 551-14 du code de justice administrative pour les contrats administratifs.

⁴¹ Article 13 de l'ordonnance du 7 mai 2009 et article 1441-3-1 du code de procédure civile pour les contrats de droit privé ; article L. 551-15 du code de justice administrative pour les contrats administratifs. Le Conseil d'État juge qu'il en est de même en l'absence d'exercice d'un référé précontractuel, lorsque le pouvoir adjudicateur a respecté ses obligations d'information préalable des candidats évincés et d'observation du délai de « *standstill* » auxquelles il est soumis (CE, 19 janvier 2011, *Grand port maritime du Havre*, n° 343435 et CE, 23 novembre 2011, *Société GIHP Lorraine Transports*, n° 349746).

⁴² Le juge administratif comme le juge judiciaire considèrent que ces cas de nullité sont limitatifs. En ce sens voir, CE, 19 janvier 2011, précité ; CE, 11 décembre 2013, n° 372214 et l'arrêt de renvoi de la QPC. Par ailleurs, pour des exemples d'annulation d'un contrat pour un de ces motifs, voir Cour de cassation, 14 février 2012, n° 11-18.070 ; CE, 17 décembre 2014, n° 385033, *Communauté de communes du canton de Varilhes* ; CE, 23 novembre 2011, précité.

⁴³ CE, 4 avril 2016, *Communauté d'agglomération du centre de la Martinique*, n° 396191.

retrouve des pouvoirs identiques à celui du référé précontractuel. Il peut ainsi annuler ou résilier le contrat, en réduire la durée ou imposer des pénalités financières dès lors que les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles la passation du contrat était soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat⁴⁴.

3. – Les recours de droit commun ouverts aux tiers au contrat devant le juge administratif et le juge judiciaire

* Devant le juge administratif, le recours des tiers contre les contrats administratifs a pour voie principale le recours en contestation de la validité du contrat résultant, en dernier lieu, de la décision *Département de Tarn-et-Garonne* du Conseil d'État du 4 avril 2014⁴⁵. Ce recours permet aux tiers à un contrat administratif susceptibles d'être lésés dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses de former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires⁴⁶. Le tiers ne peut se plaindre que des vices du contrat en rapport direct avec l'intérêt lésé dont il se prévaut ou de ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office.

Lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, le juge administratif doit en apprécier l'importance et les conséquences. Il doit ainsi, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat. En présence d'irrégularités insusceptibles d'être couvertes par une mesure de régularisation et ne permettant pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi

⁴⁴ Articles 16, 17 et 18 de l'ordonnance du 7 mai 2009. Voir par exemple, Cour de cassation, 5 juin 2019, n° 17-12.452 ; Cour de cassation, 6 janvier 2015, n° 13-20.213.

⁴⁵ CE, Ass., 16 juillet 2007, n° 291545, *Société Tropic travaux signalisation Guadeloupe* qui institue ce recours de pleine juridiction au bénéfice des concurrents évincés de la procédure d'attribution d'un contrat administratif, et CE, Ass., 4 avril 2014, n° 358994, *Département de Tarn-et-Garonne*, qui élargit ce recours à tous les tiers au contrat susceptibles d'être lésés, dans leurs intérêts, par sa passation ou ses clauses.

⁴⁶ Les clauses réglementaires, quant à elles, peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Revêtent un tel caractère les clauses d'un contrat qui ont, par elles-mêmes, pour objet l'organisation ou le fonctionnement d'un service public : par exemple, s'agissant d'une convention de concession autoroutière, les clauses qui définissent l'objet de la concession et les règles de desserte, ainsi que celles qui définissent les conditions d'utilisation des ouvrages et fixent les tarifs des péages applicables sur le réseau concédé sont des clauses réglementaires (CE, 9 février 2018, n° 404982).

relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci. Il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés.

Ce recours, qui n'est pas spécifique aux contrats de la commande publique et concerne l'ensemble des contrats administratifs, peut être exercé par les candidats évincés de ces contrats en sus des référés spécifiques mentionnés plus haut. Il s'agit d'un recours examiné dans des conditions de droit commun qui présente une utilité plus réduite que les référés précontractuel et contractuel⁴⁷.

* Devant le juge judiciaire, l'action en nullité du contrat est aujourd'hui prévue à l'article 1178 du code civil et s'organise, comme le rappelle l'article 1179 du même code, autour de la distinction entre nullité absolue et nullité relative, la première sanctionnant la méconnaissance des règles édictées pour protéger un intérêt particulier alors que la nullité absolue sanctionne celle de règles édictées dans un but d'intérêt général.

De cette différence de finalité découle une différence de régime qui concerne notamment les personnes aptes à invoquer la nullité de l'acte juridique : la nullité relative ne peut être invoquée que par la personne protégée par la règle alors que la nullité absolue peut être invoquée par toute personne justifiant d'un intérêt légitime⁴⁸.

En revanche, la jurisprudence judiciaire n'a pas reconnu, à l'égard des contrats de droit privé, une voie de recours identique à celle ouverte par le Conseil d'État dans ses décisions précitées des 16 juillet 2007 et 4 avril 2014.

L'action en responsabilité est, quant à elle, définie à l'article 1240 (ex-1382) du code civil, selon lequel « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

⁴⁷ Comme le rappelle Nicolas Boulouis, dans ses conclusions sur la décision CE, 19 janvier 2011 précitée, à propos de la jurisprudence résultant, à l'époque, de la décision « *Tropic* » du 16 juillet 2007 précitée : « *Le juge qui a créé ce recours devrait a priori s'en réjouir mais il ne faut pas se cacher qu'à l'expérience, il ne s'agit pas d'une voie royale. Rares et spéciales sont en effet les hypothèses dans lesquelles l'exécution du contrat peut être suspendue sur le fondement de l'article L. 521-1 du [code de justice administrative], en raison de l'existence d'une urgence présumée non en droit mais en fait à exécuter le contrat. Comme référé, le recours Tropic n'a pas été couronné de succès. Quant au recours au fond, il peut sans doute toujours conduire à des satisfactions indemnitaires mais pour la part importante de contrats à durée d'exécution courte, à la date à laquelle le juge statue, on peut penser que cette satisfaction indemnitaire sera la seule. En outre et en tout état de cause, l'incertitude sur la solidité juridique du contrat est moins rapidement levée par un recours Tropic, moins satisfaisant à cet égard que les deux référés* ».

⁴⁸ Articles 1180 et 1181 du code civil. Voir Mme Sandrine Sana-Chaillé de Néré, « Nullité et caducité », *Jurisclasseur Code civil*.

B. – Origine de la QPC et question posée

La société Méduane Habitat, société anonyme d'habitations à loyer modéré, avait publié un avis d'appel public à la concurrence relatif à l'attribution, dans le cadre d'une procédure adaptée, d'un marché de travaux relatif à la construction de logements collectifs.

Candidate à l'attribution d'un lot, la société Bâtiment mayennais avait été informée le 20 mai 2019 que son offre n'avait pas été retenue. Le marché entre la société Méduane Habitat et la société attributaire avait été signé le 11 juin 2019.

La société Bâtiment mayennais avait formé un référé contractuel devant le tribunal de grande instance de Rennes, qui avait été rejeté par une ordonnance du 25 octobre 2019 au motif notamment que les moyens d'annulation invoqués n'étaient pas invocables en référé contractuel. La société avait formé un pourvoi en cassation, à l'occasion duquel elle avait soulevé une QPC portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles 11 à 20 de l'ordonnance du 7 mai 2009. Dans son arrêt du 8 juillet 2020 précité, la Cour de cassation avait jugé cette question sérieuse au motif que les dispositions critiquées *« pourraient avoir pour résultat de priver les candidats évincés d'un recours utile contre les décisions d'attribution de commande publique de droit privé irrégulières pour d'autres causes que celles énoncées par l'article 16 de l'ordonnance du 7 mai 2009 et de les placer, de ce fait, dans une situation d'inégalité au regard de la situation des candidats à des procédures de commandes publiques de droit public »*.

II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

La société requérante reprochait tout d'abord aux dispositions renvoyées⁴⁹ de méconnaître le droit à un recours juridictionnel effectif. Selon elle, ces dispositions limitaient de manière excessive les manquements pouvant être invoqués, après la signature d'un contrat de droit privé de la commande publique, par les concurrents évincés afin d'en obtenir la nullité. Elle soutenait que, de plus, aucune autre voie de recours n'était ouverte devant le juge judiciaire. Elle soutenait ensuite que les candidats évincés d'un contrat administratif de la commande publique disposaient, après la signature du contrat, d'une voie de recours supplémentaire reconnue par la jurisprudence administrative leur permettant d'en contester la validité. Ces dispositions étaient donc, selon elle, contraires au principe d'égalité devant la loi.

⁴⁹ Lesquelles étaient des dispositions législatives, dans la mesure où l'ordonnance du 7 mai 2009 a été ratifiée par le Parlement, ainsi que le Conseil constitutionnel l'a mentionné dans les visas de sa décision.

Au regard de ces griefs, le Conseil constitutionnel a restreint le champ de la QPC à l'article 16 de l'ordonnance du 7 mai 2009 (paragr. 13).

A. – Le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel sur les lois de transposition de directives de l'Union européenne

* Il ressort de la jurisprudence développée depuis sa décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004⁵⁰, que le Conseil constitutionnel n'effectue qu'un contrôle restreint des lois de transposition des directives, limité au contrôle de l'absence de méconnaissance des règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle française, lorsque les dispositions en cause se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions précises et inconditionnelles de la directive.

Dans ses observations, le Premier ministre soutenait que les dispositions contestées appliquaient les dispositions inconditionnelles et précises de la directive du 11 décembre 2007 précitée et que, en l'absence de mise en cause d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, il n'y avait pas lieu, pour le Conseil constitutionnel, de se prononcer sur leur conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit.

Toutefois, le Conseil constitutionnel estime pouvoir exercer un contrôle entier quand une directive, tout en énonçant des dispositions précises et inconditionnelles, accorde au législateur des marges d'appréciation dans la transposition et quand il est précisément reproché au législateur de ne pas avoir fait usage de cette faculté. Ainsi, il a jugé, à propos de la loi relative à la protection du secret des affaires qui visait à transposer la directive 2016/943/UE du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués que, « *Sans dispenser les États membres de l'Union européenne de leur obligation de transposer les dispositions résultant de cette directive, cet article 1^{er} leur confère une marge d'appréciation pour prévoir des dispositions complémentaires renforçant la protection du secret des affaires. Dès lors, il appartient au Conseil constitutionnel de se prononcer sur le grief tiré de ce que le législateur aurait méconnu la liberté d'entreprendre en ne prévoyant pas de telles dispositions complémentaires, s'ajoutant à celles tirant les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises de la directive* »⁵¹. Ce faisant, il s'est pour la première fois expressément reconnu compétent pour contrôler, au regard de l'ensemble des exigences constitutionnelles, les dispositions de la loi de transposition intervenant dans le champ de la marge de

⁵⁰ Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*.

⁵¹ Décision n° 2018-768 DC du 26 juillet 2018, *Loi relative à la protection du secret des affaires*, paragr. 14.

manœuvre expressément reconnue au législateur national par le droit dérivé de l'Union européenne.

* Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a relevé que la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 se bornait à imposer aux États membres d'instituer une procédure de recours conduisant à ce qu'un contrat soit déclaré dépourvu d'effets dans certains cas qu'elle définissait. Ces cas ont été repris à l'identique par l'article 16 de l'ordonnance du 7 mai 2009 qui tirait ainsi les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises de cette directive (paragr. 16).

Dans le même temps, le Conseil a constaté qu'aucune disposition de la directive du 11 décembre 2007 n'empêchait les États membres de prévoir que d'autres manquements puissent également conduire à l'annulation du contrat. Le législateur national était donc libre de prévoir d'autres cas d'annulation des contrats et disposait ainsi d'« *une marge d'appréciation pour adopter des dispositions complémentaires* » (même paragr.).

Or, en se plaignant de la limitation des manquements pouvant être invoqués en référé contractuel, la société requérante reprochait au législateur national de n'avoir pas profité de cette marge d'appréciation pour prévoir d'autres cas d'annulation du contrat. Le Conseil constitutionnel a donc jugé qu'il y avait bien lieu de « *statuer sur la méconnaissance, par les dispositions contestées, des droits et libertés que la Constitution garantit en ce que ces dispositions ne prévoient pas d'autres cas d'annulation du contrat que ceux imposés par la directive du 11 décembre 2007* » (paragr. 17).

B. – Le grief tiré d'une méconnaissance du droit à un recours juridictionnel effectif

1. – La jurisprudence constitutionnelle

* Aux termes de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ». Il résulte de cette disposition qu'il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction.

Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, c'est davantage l'absence de recours qui est potentiellement contraire à la Constitution que l'existence de règles

encadrant ces recours.

* Le Conseil reconnaît au législateur la possibilité de restreindre le droit à un recours juridictionnel effectif afin d'en assurer la conciliation avec d'autres exigences constitutionnelles⁵² ou des objectifs d'intérêt général.

Dans sa décision n° 93-335 DC du 21 janvier 1994, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution l'article L. 600-1 du code de l'urbanisme, qui prive les requérants de la faculté d'invoquer par voie d'exception un vice de procédure ou de forme de certains documents d'urbanisme, après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date de prise d'effet du document en cause. Le Conseil a jugé qu'il n'y avait pas d'atteinte substantielle au droit à un recours en retenant notamment que « *la restriction apportée par les dispositions contestées est limitée à certains actes relevant du seul droit de l'urbanisme ; qu'elle a été justifiée par le législateur eu égard à la multiplicité des contestations de la légalité externe de ces actes ; qu'en effet, le législateur a entendu prendre en compte le risque d'instabilité juridique en résultant, qui est particulièrement marqué en matière d'urbanisme, s'agissant des décisions prises sur la base de ces actes ; qu'il a fait réserve des vices de forme ou de procédure qu'il a considérés comme substantiels ; qu'il a maintenu un délai de six mois au cours duquel toute exception d'illégalité peut être invoquée* »⁵³.

Dans sa décision n° 2019-794 QPC du 28 juin 2019, le Conseil constitutionnel a examiné les dispositions permettant à l'auteur d'une décision administrative de demander au juge administratif d'en constater la légalité externe, un tel constat privant ensuite tout requérant d'invoquer un moyen relevant de cette cause juridique. Pour déclarer ces dispositions conformes à la Constitution, le Conseil a d'abord reconnu l'objectif d'intérêt général poursuivi : « *en adoptant ces dispositions, le législateur a entendu limiter l'incertitude juridique pesant sur certains projets de grande ampleur qui nécessitent l'intervention de plusieurs décisions administratives successives constituant une opération complexe et dont les éventuelles illégalités peuvent être, de ce fait, invoquées jusqu'à la contestation de la décision finale* »⁵⁴. Il a relevé ensuite, notamment, que les personnes intéressées sont mises à même de participer au débat contradictoire : « *la demande en appréciation de légalité externe est rendue publique dans des conditions permettant à toute personne ayant un intérêt*

⁵² Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 63. Voir aussi la décision n° 2011-129 QPC du 13 mai 2011 *Syndicat des fonctionnaires du Sénat (Actes internes des Assemblées parlementaires)*, cons. 4.

⁵³ Décision n° 93-335 DC, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, cons. 4.

⁵⁴ Décision n° 2019-794 QPC du 28 juin 2019, *Union syndicale des magistrats administratifs et autre (Demande en appréciation de la légalité externe d'une décision administrative non réglementaire)*, paragr. 7.

à agir d'être informée des conséquences éventuelles de cette demande sur les recours ultérieurs et d'intervenir à la procédure »⁵⁵.

De même, en matière de contentieux du travail, dans sa décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, le Conseil constitutionnel a contrôlé certaines des dispositions fixant le régime de l'action en nullité qui peut être exercée contre une convention ou un accord collectif. Il a notamment retenu qu'« *en fixant à deux mois le délai de recours de l'action en nullité contre une convention ou un accord collectif, le législateur a entendu garantir leur sécurité juridique en évitant qu'ils puissent être contestés longtemps après leur conclusion* »⁵⁶. S'agissant du point de départ de ce délai, hors l'hypothèse où cet acte doit être notifié, le Conseil a formulé une réserve d'interprétation : « *le délai ne commence à courir qu'à compter de la publication de l'accord collectif dans une base de données nationale. Toutefois, le deuxième alinéa de l'article L. 2231-5-1 du code du travail prévoit que les signataires de l'accord peuvent décider qu'une partie de cet accord ne fera pas l'objet de cette publication. Dans ce cas, le délai de recours contre ces parties d'accord non publiées ne saurait, sans méconnaître le droit à un recours juridictionnel effectif, courir à l'encontre des autres personnes qu'à compter du moment où elles en ont valablement eu connaissance* »⁵⁷.

* Pour apprécier la conformité de dispositions au droit à un recours juridictionnel effectif, le Conseil prend en compte non pas seulement la voie de recours qui lui est soumise, mais l'ensemble des voies qui sont ouvertes.

Ainsi, dans sa décision n° 2012-288 QPC du 17 janvier 2013, le Conseil était saisi de dispositions de l'article 414-2 du code civil restreignant les cas dans lesquels des héritiers peuvent demander la nullité d'un acte pour insanie d'esprit du défunt. Le Conseil a déclaré ces dispositions conformes à la Constitution en jugeant : « *Considérant, en premier lieu, que, par les dispositions contestées, le législateur a entendu assurer un équilibre entre, d'une part, les intérêts des héritiers et, d'autre part, la sécurité des actes conclus par le défunt et en particulier des transactions ; qu'il a également entendu, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, éviter les difficultés liées à l'administration de la preuve de l'état mental d'une personne décédée ; / Considérant, en second lieu, que les dispositions contestées réservent aux héritiers la qualité pour agir en nullité pour insanie d'esprit dans le cas où l'acte "porte en lui-même la preuve d'un trouble mental", si*

⁵⁵*Ibid.*, paragr. 10.

⁵⁶ Décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, *Loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, paragr. 33.

⁵⁷ *Ibid.*, paragr. 35.

l'intéressé était placé sous sauvegarde de justice lors de la conclusion de l'acte litigieux ou si une action a été introduite avant le décès de l'auteur de l'acte aux fins d'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle ou si effet a été donné au mandat de protection future ; que, par ces dispositions, le législateur a précisément fixé la portée des limites au droit des héritiers d'agir en nullité d'un acte juridique pour cause d'insanité d'esprit conclu par le défunt ; que ces dispositions ne font pas obstacle à l'exercice, par les héritiers, des actions en nullité qui seraient fondées sur les règles du droit commun des contrats ; qu'elles ne font ainsi pas obstacle à ce que des actes passés au moyen de violences, de fraudes ou d'abus de faiblesse puissent être annulés / Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'en adoptant les dispositions contestées le législateur a, dans l'exercice de sa compétence, apporté au droit d'agir des héritiers des limitations justifiées par des motifs d'intérêt général et proportionnées au regard de ces objectifs »⁵⁸.

Dans la décision n° 2017-672 QPC du 10 novembre 2017, saisi d'une requête contestant l'efficacité de l'action en démolition d'un ouvrage, le Conseil, pour rejeter le grief, avait notamment relevé que, dans les cas pour lesquels l'action en démolition est exclue, *« une personne ayant subi un préjudice causé par une construction peut en obtenir la réparation sous forme indemnitaire, notamment en engageant la responsabilité du constructeur [...]. La personne lésée peut par ailleurs obtenir du juge administratif une indemnisation par la personne publique du préjudice causé par la délivrance fautive du permis de construire irrégulier »*⁵⁹.

De même, dans sa décision n° 2019-795 QPC du 5 juillet 2019, le Conseil était saisi de dispositions qui confiaient au ministère public le monopole des poursuites des comptables publics devant les chambres régionales des comptes et faisaient obstacle à ce qu'une collectivité publique puisse contester devant l'une de ces juridictions les manquements du comptable lui ayant causé un préjudice lorsque de tels manquements n'ont pas été visés dans le réquisitoire du ministère public. Le Conseil a jugé que ces dispositions ne portaient pas d'atteinte disproportionnée au droit à un recours juridictionnel effectif : *« en premier lieu, même si ce régime spécial de responsabilité des comptables publics peut conduire à l'indemnisation des préjudices subis par les collectivités publiques, son objet principal de cet objet, il était loisible au législateur de confier au ministère public près les juridictions financières un monopole des poursuites en la matière. / En second lieu, le législateur a expressément prévu à l'article 60 de la loi du 23 février 1963 que ce régime spécial de responsabilité n'est pas exclusif de la responsabilité des mêmes comptables*

⁵⁸ Décision n° 2012-288 QPC du 17 janvier 2013, *Consorts M. (Qualité pour agir en nullité d'un acte pour insanité d'esprit)*, cons. 6 à 8.

⁵⁹ Décision n° 2017-672 QPC du 10 novembre 2017, *Association Entre Seine et Brotonne et autre (Action en démolition d'un ouvrage édifié conformément à un permis de construire)*, paragr. 11.

attachée à leur qualité d'agent public. Dès lors, les collectivités publiques victimes d'une faute du comptable ont la possibilité, si le ministère public près les juridictions financières n'a pas entendu saisir la chambre régionale des comptes de cette faute et de toutes ses conséquences, d'agir en responsabilité, selon les voies du droit commun, contre l'État ou contre le comptable lui-même »⁶⁰.

* En revanche, le Conseil censure des dispositions conduisant à priver le requérant de tout recours contre une décision emportant des conséquences particulières ou ne lui offrant qu'un recours dénué de toute efficacité.

Ainsi, dans sa décision n° 2018-763 QPC du 8 février 2019, le Conseil a censuré des dispositions privant le prévenu en attente de comparution devant la juridiction de jugement de toute possibilité de contester la décision administrative de refus de rapprochement familial lorsque cette décision s'appuie sur l'avis défavorable d'un magistrat judiciaire en jugeant : *« Dans la mesure où aucune autre voie de recours ne permet de contester cet avis, il n'existe pas de recours juridictionnel effectif contre la décision administrative de refus de rapprochement familial lorsque celle-ci fait suite à l'avis défavorable du magistrat judiciaire. Au regard des conséquences qu'entraîne un tel refus, cette absence méconnaît les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 »⁶¹.*

Enfin, dans sa décision n° 2015-500 QPC du 27 novembre 2015, le Conseil a censuré comme méconnaissant le droit à un recours juridictionnel effectif des dispositions qui, telles qu'interprétées par la Cour de cassation, prévoyaient que dès lors qu'une expertise décidée par le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail est engagée, l'employeur est tenu d'acquitter les frais de cette expertise même si la décision d'y recourir est annulée en justice⁶².

2. – L'application à l'espèce

⁶⁰ Décision n° 2019-795 QPC du 5 juillet 2019, *Commune de Sainte-Rose et autre (Monopole du ministère public pour l'exercice des poursuites devant les juridictions financières)*, paragr. 7 à 9.

⁶¹ Décision n° 2018-763 QPC du 8 février 2019, *Section française de l'Observatoire international des prisons (Rapprochement familial des détenus prévenus attendant leur comparution devant la juridiction de jugement)*, paragr. 6 et 7. Sur la prise en compte des conséquences particulières qu'entraîne la décision que le justiciable entend contester, voir également décisions n° 2019-791 QPC du 21 juin 2019, *Section française de l'Observatoire international des prisons (Autorisation de sortie sous escorte d'une personne détenue)*, n° 2018-715 QPC du 22 juin 2018, *Section française de l'Observatoire international des prisons (Correspondance écrite des personnes en détention provisoire)* et n° 2016-543 QPC du 24 mai 2016, *Section française de l'observatoire international des prisons (Permis de visite et autorisation de téléphoner durant la détention provisoire)*.

⁶² Décision n° 2015-500 QPC du 27 novembre 2015, *Société Foot Locker France SAS (Contestation et prise en charge des frais d'une expertise décidée par le CHSCT)*.

* Le Conseil a d'abord rappelé les termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 et l'exigence constitutionnelle qui en résulte en matière de droit à un recours juridictionnel effectif (paragr. 18).

L'analyse de l'article 16 de l'ordonnance du 7 mai 2009 et des manquements qu'il permet d'invoquer devant le juge du référé contractuel a permis au Conseil de constater une atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif dès lors que, « *sauf dans le cas où l'autorité adjudicatrice a fait irrégulièrement obstacle à une saisine du juge du référé précontractuel, les dispositions contestées ne permettent pas aux requérants d'invoquer en référé contractuel les autres manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptibles de les avoir lésés, afin d'obtenir l'annulation du contrat* » (paragr. 20).

Comme il le fait habituellement pour apprécier le caractère substantiel de l'atteinte portée, le Conseil s'est attaché à identifier l'objectif poursuivi par le législateur et les autres voies de recours ouvertes en la matière.

Tout d'abord, le Conseil a relevé que, « *en limitant les cas d'annulation des contrats privés de la commande publique aux violations les plus graves des obligations de publicité et de mise en concurrence, le législateur a entendu éviter une remise en cause trop fréquente de ces contrats après leur signature et assurer la sécurité juridique des relations contractuelles* » (paragr. 21). Le Conseil a considéré que le législateur avait, ce faisant, poursuivi un objectif d'intérêt général⁶³ (même paragr.).

Le Conseil constitutionnel a ensuite examiné les voies de recours à la disposition des concurrents évincés de la passation d'un contrat de droit privé de la commande publique.

D'une part, en s'appuyant sur les dispositions de l'ordonnance du 7 mai 2009, le Conseil constitutionnel a rappelé que, dans le cadre du référé précontractuel, les personnes ayant intérêt à conclure un contrat de la commande publique peuvent invoquer tout manquement qui, eu égard à sa portée et au stade de la procédure auquel il se rapporte, est susceptible de les avoir lésées ou risque de les léser. Le juge judiciaire saisi peut alors contraindre l'autorité responsable du manquement de se conformer à ses obligations, dans un délai qu'il fixe, et peut également suspendre

⁶³ Le Conseil constitutionnel avait déjà reconnu la volonté d'assurer la sécurité juridique des relations contractuelles comme un motif d'intérêt général dans sa décision n° 2014-691 DC du 20 mars 2014, *Loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové*, cons. 9.

l'exécution de toute décision qui se rapporte à la procédure de passation du contrat (paragr. 22).

À l'occasion de l'examen de cette voie de recours, le Conseil constitutionnel a considéré que, si les candidats évincés ne sont pas toujours assurés de bénéficier d'un temps déterminé pour former un référé précontractuel notamment dans les cas où le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'est pas tenu de notifier aux candidats la décision d'attribution du contrat et d'observer, après cette notification, un délai avant de pouvoir le signer, cette circonstance « *n'a ni pour objet ni nécessairement pour effet de priver les candidats évincés de la possibilité de former, dès le rejet de leur offre et jusqu'à la signature du contrat, un référé précontractuel* » (même paragr.).

D'autre part, le Conseil constitutionnel a relevé que le référé contractuel et le référé précontractuel n'étaient pas les seuls recours dont disposaient les candidats évincés d'un contrat de droit privé de la commande publique et a jugé que « *les dispositions contestées ne font pas obstacle à ce qu'un candidat irrégulièrement évincé exerce, parmi les voies de recours de droit commun, une action en responsabilité contre la personne responsable du manquement dénoncé* » (paragr. 23).

Tenant compte de ces éléments et « *au regard des conséquences qu'entraîne l'éviction d'un candidat à un contrat privé de la commande publique* » (lesquelles sont essentiellement pécuniaires), le Conseil en a déduit que les dispositions contestées ne portent pas une atteinte substantielle au droit à un recours juridictionnel effectif. Le premier grief a donc été écarté (paragr. 24).

C. – Le grief tiré d'une méconnaissance du principe d'égalité devant la loi

Le second grief portait sur la différence de traitement résultant de ce que les candidats évincés d'un contrat administratif de la commande publique disposent, en plus du référé contractuel, de la possibilité de former un recours en contestation de la validité du contrat ouvert, à l'égard de tout contrat administratif, par la décision du Conseil d'État du 4 avril 2014 précitée alors que les candidats évincés d'un contrat de droit privé de la commande publique ne disposent pas devant le juge judiciaire d'une voie de recours identique, en l'absence de jurisprudence en ce sens de la Cour de cassation.

Le Conseil constitutionnel a jugé que « *les contrats administratifs et les contrats de droit privé répondent à des finalités et des régimes différents* » et qu'ainsi, les candidats évincés d'un contrat de droit privé de la commande publique ne sont pas

placés dans la même situation que les candidats évincés d'un contrat administratif de la commande publique (paragr. 26).

Le Conseil a jugé que la différence de traitement dénoncée est en rapport avec l'objet de la loi, puis écarté, « *en tout état de cause* », ce grief tiré d'une méconnaissance du principe d'égalité (même paragr.). En ajoutant cette mention, le Conseil a entendu réserver la question de savoir si, au regard de la situation spécifique dénoncée par les requérants, il pouvait utilement être reproché au législateur d'avoir méconnu le principe d'égalité devant la loi.

En définitive, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution l'article 16 de l'ordonnance du 7 mai 2009.