

# Application du principe d'impartialité aux personnes et autorités extérieures conseillant le pouvoir adjudicateur dans la passation d'un marché

## Lire les conclusions de :

**Camille Vinet**

Conclusions du rapporteur public

## Lire les commentaires de :

**Christophe Testard**

Le recours Tropic en 2013 : ni tout à fait le même, ni tout à fait un autre

## DÉCISION DE JUSTICE

---

CAA Lyon, 4ème chambre – N° 12LY00305 – Société ACS Production – 14 février 2013  
– C+ [↗](#)

## INDEX

---

### Mots-clés

Passation, Principe d'impartialité, Liens de parenté, Co-traitant de la maîtrise d'œuvre, Attributaire, Ouvrage public, Pouvoirs du juge du contrat

### Rubriques

Marchés et contrats

## TEXTES

---



[Résumé](#) [Conclusions du rapporteur public](#) [Note universitaire](#)

## Résumé

<sup>1</sup> *Contentieux contractuel, Irrégularité passation marchés publics, Principe d'impartialité, Méconnaissance du principe d'impartialité, Etroits liens de parenté entre le co-traitant de la maîtrise d'œuvre et l'attributaire, Ouvrage public, Recevabilité, Pouvoirs du juge du contrat*

<sup>2</sup> Le respect du principe d'impartialité dans le traitement des soumissionnaires à un marché public s'impose non seulement au pouvoir adjudicateur mais aussi aux personnes et autorités conseillant ce dernier en vue de la passation d'un marché public. Méconnaît ce principe le co-traitant de la maîtrise d'œuvre, dont l'analyse des offres aboutit au classement en tête de la société gérée par son fils, finalement attributaire du lot litigieux, au regard de l'intensité des liens existants entre ce maître d'œuvre et l'attributaire et en l'absence de garanties appropriées pour pallier les risques apparents de partialité.

# Conclusions du rapporteur public

**Camille Vinet**

Rapporteur public à la cour administrative d'appel de Lyon

DOI : [10.35562/alyoda.6062](https://doi.org/10.35562/alyoda.6062)

<sup>1</sup> En 2009, la commune de Saint-Rambert d'Albon a décidé de procéder à la construction de deux tennis couverts. Le 13 novembre 2009, le maire de cette commune a passé un contrat avec la société SMC2 portant sur le lot n° 02 « structure tennis » de l'opération, pour un montant représentant environ 300 000 €. La société ACS Production, spécialisée dans l'architecture textile, notamment de structures sportives couvertes, indique avoir souhaité se porter candidate à ce marché mais y avoir renoncé en raison des irrégularités de la procédure qu'elle a rapidement décelées.

<sup>2</sup> Au début de l'année 2010, elle a saisi le Tribunal administratif de Grenoble d'une demande tendant, d'une part, à l'annulation de la délibération du conseil municipal de Saint-Rambert-d'Albon autorisant le maire à signer avec la SARL SMC2 le contrat litigieux et du contrat lui-même, et d'autre part, à la condamnation de la commune à lui verser la somme de 111 587, 34 € en réparation du préjudice résultant pour elle d'une perte de chance de remporter ce marché.

<sup>3</sup> Elle relève appel du jugement par lequel le TA a rejeté intégralement ses demandes. Devant vous, elle demande l'annulation du contrat litigieux et la condamnation de la commune à lui verser la somme précitée.

<sup>4</sup> La requête n'étant pas la reproduction littérale des écritures de première instance, elle n'est pas irrecevable. V. CE 27 juin 2005, M., n° 259446, A.

<sup>5</sup> La requérante critique tout d'abord le jugement, en tant qu'il lui a opposé un défaut d'intérêt à agir contre le contrat dont elle demandait l'annulation, et il nous semble qu'elle est fondée à le faire.

<sup>6</sup> En effet, le seul fait de n'avoir pas présenté sa candidature à l'attribution d'un marché n'exclut pas la qualité de concurrent évincé, laquelle ouvre la voie du recours créé par la décision « *Sté Tropic Travaux signalisation* » (CE Ass., 16 juillet 2007, n° 291545, A.) .

<sup>7</sup> Une décision CE 16 novembre 2009, Min. Immigration, n° 328826, B l'a déjà jugé *a contrario*, et le Conseil d'État l'a récemment confirmé dans son avis « *Société Gouelle* » (CE 11 avril 2012, n° 355446, A, aux conclusions de N. Boulouis) .

<sup>8</sup> Le recours est ouvert à tout concurrent qui aurait eu intérêt à conclure le contrat, alors même qu'il n'aurait pas présenté sa candidature, qu'il n'aurait pas été admis à présenter une offre ou

qu'il aurait présenté une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable.

9 En l'espèce, la requérante nous paraît suffisamment justifier que son champ habituel d'activité lui aurait permis de présenter sa candidature à l'attribution du contrat litigieux. Elle avait d'ailleurs exprimé son intérêt pour la procédure de passation litigieuse en écrivant à la commune.

10 Nous vous proposons d'admettre son intérêt pour agir et, dès lors, d'annuler le jugement en tant qu'il a rejeté, comme irrecevables, ses conclusions tendant à l'annulation du contrat.

11 Statuant dans le cadre de l'évocation, vous devez écarter l'autre fin de non-recevoir opposée à la demande de la société ACS Production, tirée de sa tardiveté.

12 Vous savez que le recours créé par la décision « *Tropic* » précitée doit, aux termes mêmes de cette décision, être exercé dans le délai de 2 mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation, dans le respect des secrets protégés par la loi. À défaut de telles mesures de publicité, même dans l'hypothèse où la publicité de la conclusion d'un contrat n'est pas exigée par le code des marchés publics, le délai de 2 mois ne court pas.

13 V. également CAAL 5 mai 2011, Sté SMTP, n° 10LY00134, C.

14 En l'espèce, la commune ne justifie pas avoir effectué des mesures de publicité de nature à faire courir le délai de recours contre le contrat.

15 L'autre fin de non-recevoir opposée à la demande doit donc être écartée.

16 Sur le fond, la requérante soulève divers moyens dont l'un au moins nous paraît fondé.

17 La requérante soutient en premier lieu que la procédure est entachée d'une rupture d'égalité entre les candidats au motif que la commune s'est adjoint les conseils d'un maître d'œuvre qui était dans une situation de conflit d'intérêt et nous croyons ce moyen fondé.

18 Il résulte de l'instruction que M. Robin, gérant du cabinet de maîtrise d'œuvre choisi par la commune pour, notamment, l'assister dans la procédure de passation du marché, notamment dans l'analyse des offres, est le père du gérant de l'entreprise SMC2, à laquelle le marché a été attribué. En outre, il a déposé un brevet, qu'il a transmis à son fils, correspondant à une technique dont la société SMC2 a proposé la mise en œuvre dans une variante, laquelle a obtenu la meilleure notation au terme de l'analyse des offres réalisées par lui-même.

19 Le conflit d'intérêt dans lequel se trouvait le maître d'œuvre nous paraît ici manifeste. Or, il est jugé que le maître de l'ouvrage, qui est soumis à un principe général d'impartialité, ne doit pas s'adjoindre le concours d'une personne se trouvant dans une telle situation, sauf à accomplir des diligences particulières pour que cette situation n'ait aucune conséquence sur l'égalité entre les candidats.

20 V. CE 24 juin 2011, *Ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement et société Autostrade per l'Italia S.P.A.*, 347720 347779, B.

21 Dans ses conclusions sur cette affaire, N. Boulouis déduisait d'une jurisprudence assez abondante relative au principe d'impartialité, que « l'administration est présumée manquer à l'impartialité lorsqu'elle s'entoure d'avis, susceptibles d'avoir une incidence sur le sens de la décision, donnés par des personnes en situation de conflit d'intérêts, c'est-à-dire, pour reprendre la définition suggérée par un récent rapport « détenteurs d'un intérêt qui, par sa nature et son intensité, peut raisonnablement être regardé comme étant de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif [des] fonctions. ».

22 Il proposait, certes, une application plus souple du principe en matière de passation de contrats publics, compte tenu des difficultés à prévenir ce type de situations : lorsqu'elle s'adjoit un conseiller technique pour la passation de marchés de travaux, l'administration ne connaît pas encore l'identité des candidats à ces marchés, de sorte qu'elle ne peut s'assurer à l'avance qu'il n'y aura aucun lien entre eux et ledit conseiller.

23 Pour autant, il estimait qu'il appartient à la personne publique « de s'assurer par elle-même qu'aucun lien susceptible de mettre en cause leur impartialité n'existe, auquel cas le recours à une solution radicale n'est pas à exclure », la solution radicale étant sans doute la résiliation du contrat, évoquée plus haut dans les conclusions.

24 Il proposait une appréciation pragmatique du lien existant entre le conseil de la personne publique et le candidat à un marché.

25 En l'espèce, compte tenu du lien de filiation existant entre le maître d'œuvre et le gérant de l'entreprise attributaire, dont il résulte de l'instruction qu'il était connu de la commune, M. Robin doit, selon nous être regardé comme « détenteur d'un intérêt qui, par sa nature et son intensité, peut raisonnablement être regardé comme étant de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif [des] fonctions. ».

26 L'existence d'un lien de filiation direct nous paraît avoir déjà été regardé *a contrario* par la jurisprudence comme caractérisant un conflit d'intérêt : dans la décision CE 9 mai 2012, *Commune de Saint-Maur-des-Faussés*, n° 355756, A, le Conseil d'État considère qu'une

entreprise ne peut être empêchée de concourir à l'attribution d'un marché au seul motif d'un lien de parenté entre son gérant et un conseiller municipal, de surcroît actionnaire de cette société, dès lors qu'il n'est pas allégué que ce conseiller, qui avait seulement pris part à la délibération décidant du principe des travaux à effectuer, aurait exercé une influence particulière sur le vote relatif à l'attribution du marché.

<sup>27</sup> *A contrario*, la seule influence exercée sur le choix de l'entreprise attributaire par une personne ayant un lien de parenté avec le gérant de celle-ci, paraît suffisante, en soi, à caractériser un conflit d'intérêt, contraire au principe d'impartialité.

<sup>28</sup> Or, en l'espèce, le cabinet Pierre Robin, cotraitant de la maîtrise d'œuvre, a assisté le maître de l'ouvrage pour la passation des contrats de travaux, notamment en rédigeant le dossier de la consultation et en réalisant l'analyse des offres des différents candidats, à l'issue de laquelle il a recommandé le choix de l'entreprise SMC2, avis qui a nécessairement influencé le pouvoir adjudicateur, quand bien-même le choix final lui appartenait. À cet égard, N. Boulouis, dans ses conclusions précitées, rappelait que même lorsque l'avis technique délivré ne lie pas l'administration, l'absence d'impartialité de celui qui le délivre vicie la procédure.

<sup>29</sup> Ainsi, sans même rechercher si le lien de filiation entre l'un des maîtres d'œuvre et le gérant de l'une des sociétés candidates a réellement avantage cette dernière, la situation était contraire au principe d'impartialité, dès lors que le maître d'œuvre était amené à délivrer un avis susceptible d'influencer la décision du maître de l'ouvrage.

<sup>30</sup> Le débat sur le brevet déposé par le maître d'œuvre et cédé à son fils, confirme, s'il en était besoin, le conflit d'intérêt ayant caractérisé la situation du maître d'œuvre. Celui-ci a été amené à noter les propositions de l'entreprise gérée par son fils, laquelle, dans sa variante, proposait de mettre en œuvre le procédé breveté. L'inventeur dudit procédé ne pouvait manquer de le trouver excellent. C'est d'ailleurs cette proposition qui a obtenu le plus de points.

<sup>31</sup> Que cette proposition ait ou non réellement été la meilleure, que le brevet ait ou non conféré un avantage à son détenteur, on voit bien les difficultés que l'analyse des offres par le père du gérant de la société attributaire et le donateur du brevet ne pouvaient manquer de soulever. D'autant que celui-ci, qui n'avait pas fait état de ces circonstances, a expressément recommandé le choix de l'entreprise dont son fils était gérant comme attributaire du marché, et que cet avis a été suivi.

32 Nous vous proposons donc d'accueillir le moyen tiré de la rupture d'égalité entre les candidats du fait de l'absence de procédure respectant le principe d'impartialité.

33 Un tel vice est grave, non régularisable, et susceptible, par nature, d'avoir eu une incidence sur le choix de l'attributaire. Pour le raisonnement à tenir, v. la décision « *Sté Tropic Travaux signalisation* » et la décision récente *CE 10 décembre 2012, Sté Lyonnaise des Eaux France, n° 355127, B.*

34 Seule son annulation nous paraît constituer une sanction adaptée à cette irrégularité. Au demeurant, le marché ayant été entièrement exécuté, la résiliation n'aurait que peu de sens.

35 En revanche, vous rejetterez les conclusions tendant à la démolition de l'ouvrage qui ne sont pas au nombre des conséquences que le juge peut tirer de l'irrégularité d'un contrat.

36 Avant d'examiner les conclusions à fin d'indemnisation, nous disons un mot d'un autre moyen soulevé par la requérante, qui paraît également sérieux. Il est tiré de ce que le maître de l'ouvrage n'avait pas annoncé son intention de négocier.

37 Certains tribunaux administratifs ont accueilli un tel moyen et considéré qu'il appartenait au pouvoir adjudicateur de préciser expressément s'il entendait faire usage de la faculté de négocier, précision de nature à exercer une influence sur la présentation des offres.

38 V. *TA de Lille 5 avril 2011, Préfet du Nord, n° 1003008, 1003228, C+* ; *TA Nantes 6 avril 2012, Sté ACS Production, n° 0902901* ; *TA de Caen 26 janvier 2012, Sté routière Pérez, n° 1002197, C+*.

39 Aux termes de ces jugements, une telle information est une caractéristique principale de la procédure au sens de l'article 42 du code des marchés publics, laquelle doit être indiquée, ainsi que les principales modalités de son déroulement, dans le règlement de la consultation. V. *TA de Pau, référé, 4 août 2009, Sté Delta construction, n° 0901509, C+*. Nous pensons également que l'annonce de l'intention d'avoir recours à la négociation peut avoir une incidence sur la présentation des offres et les stratégies mises en œuvre par les entreprises, notamment s'agissant du prix proposé. La procédure serait donc irrégulière également pour ce motif.

40 Toutefois, dans la mesure où il n'est pas soutenu que cela aurait eu une incidence sur le choix du cocontractant, les conséquences à tirer de ce vice ne seraient sans doute pas aussi radicales que celles à tirer de la rupture de l'égalité entre les candidats.

41 C'est ce dernier moyen que nous vous proposons de retenir et, ainsi qu'il a été dit, il devrait vous conduire à annuler le contrat litigieux, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens soulevés par la

requérante.

42

S'agissant des conclusions de la société ACS tendant à l'indemnisation de son manque à gagner, il nous semble que vous ne pourrez que les rejeter : si la circonstance qu'elle n'a pas présenté d'offre ne nous paraît pas de nature, en soi, à exclure toute indemnisation, la requérante se borne à alléguer, sans le démontrer aucunement, qu'elle a été privée d'une chance sérieuse d'emporter le marché. Cette seule affirmation n'est pas suffisante pour l'établir.

43

V., pour le raisonnement à tenir, CE 18 juin 2003, Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe, Société Biwater et Société Aqua, n° 249630, B et « Commune de la Rochelle » (CE 8 février 2010, 314075, A).

44

Par ces motifs, nous concluons à la réformation du jugement en tant qu'il a rejeté les conclusions de la société ACS tendant à l'annulation du contrat litigieux ; à l'annulation dudit contrat ; à la condamnation de la commune à payer à la requérante la somme de 2000 € au titre de l'article L761-1 du code de justice administrative ; au rejet du surplus des conclusions de la société ACS ; au rejet des conclusions de la commune et de la société SMC2 présentées au titre de l'article L761-1 du code de justice administrative.

# Note universitaire

## Le recours Tropic en 2013 : ni tout à fait le même, ni tout à fait un autre

**Christophe Testard**

Doctorant contractuel à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Autres ressources du même auteur



DOI : [10.35562/alyoda.6063](https://doi.org/10.35562/alyoda.6063)

<sup>1</sup> Dans la droite ligne de l'avis du Conseil de 2012 Société Gouelle, la Cour administrative d'appel de Lyon reconnaît la qualité de concurrent évincé à une société qui ne s'était pas portée candidate à l'attribution d'un marché public. Elle annule le contrat en cause pour violation du principe d'impartialité, mais refuse d'ordonner la démolition de l'ouvrage objet du contrat annulé.

<sup>2</sup> Selon les auteurs des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, l'arrêt Tropic serait venu mettre fin au débat sur « le caractère créateur de la jurisprudence : elle est une véritable source de droit » (M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 18<sup>ème</sup> éd., 2011, p. 907). Les nombreuses décisions qui sont depuis lors venues préciser ce nouveau recours ont confirmé l'intuition et le schéma de la justice administrative française, si tant est qu'une confirmation était nécessaire : le Conseil d'État (car ce sont bien ses arrêts seuls qui « font jurisprudence ») crée les contours du droit, les juges du fond en font application aux cas d'espèce. Il reste que ces cas sont souvent source d'interrogations nouvelles, auxquelles les juges du fond doivent nécessairement répondre.

<sup>3</sup> L'arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon du 14 février 2013, *Société ACS Production* est une illustration de cette force créatrice du juge administratif à l'égard d'un recours, créé de manière prétorienne, et dont chaque application est source de précisions.

<sup>4</sup> La commune de Saint-Rambert d'Albon a entamé en 2009 une opération de construction de deux courts de tennis couverts. Pour l'aider dans la passation du contrat, la commune fait appel à un cabinet de conseil, spécialisé en ingénierie sportive. Après une procédure de publicité et de mise en concurrence préalable, elle a confié, par contrat signé le 13 novembre 2009, à la société SMC2 la réalisation du lot n° 02 « structure tennis ».

<sup>5</sup> La société ACS Production, qui avait expressément refusé de présenter une offre, a formé un recours à l'encontre de la délibération autorisant le maire à signer la convention, ainsi qu'à

l'encontre de ladite convention. Par un jugement en date du 2 décembre 2011, le tribunal administratif de Grenoble a déclaré la requête de la société ACS Production irrecevable en se fondant sur le fait d'une part qu'elle ne possédait pas la qualité de concurrent évincé, et d'autre part sur le caractère tardif de la requête. La société ACS Production a interjeté ainsi appel du jugement.

<sup>6</sup> Outre les arguments sur la recevabilité de sa requête, la société appelante invoquait surtout la rupture d'égalité entre les candidats lors de la procédure de passation du marché en cause. En effet, la société mettait en avant le fait que le gérant du cabinet de conseil auquel a fait appel la commune est le père d'un des gérants de la société attributaire du marché. Elle demandait par ailleurs la démolition de l'ouvrage résultant de l'exécution du contrat, comme conséquence directe de son annulation.

<sup>7</sup> Faisant application des principes dégagés depuis l'arrêt du Conseil d'État du 16 juillet 2007 *Société Tropic Travaux Signalisation*, la Cour administrative d'appel de Lyon déclare recevable la requête de la société ACS Production, et censure le jugement du Tribunal administratif de Grenoble sur le fondement de l'impartialité. En revanche, le juge administratif refuse d'ordonner la démolition de l'ouvrage.

<sup>8</sup> Ainsi, en quoi cet arrêt illustre-t-il la pleine portée donnée au recours contractuel ouvert depuis 2007, et qui n'a cessé de se développer depuis ? Car s'il témoigne d'une volonté d'élargissement de la recevabilité d'un tel recours (I), l'arrêt est surtout l'occasion de préciser les pouvoirs importants dont dispose le juge à l'égard de la relation contractuelle en cause et ses conséquences (II).

## 1.- La recevabilité du recours *Tropic* : un élargissement constant depuis 2007

<sup>9</sup> L'arrêt *Tropic* a indéniablement constitué un tournant dans le contentieux contractuel, et son succès ne le dément pas. De ce fait, la jurisprudence s'est attachée depuis 2007 à élargir les conditions de sa recevabilité. Si la question des délais de recours demeure assez classique (A), la qualité du requérant admis à contester le contrat est, elle, plus spécifique (B).

### A.- La liaison classique entre mesures de publicité et délais de recours

<sup>10</sup> A l'instar du contentieux des actes unilatéraux, le contentieux contractuel ne présente pas de particularité. Il est en effet admis par principe que les délais contentieux ne commencent à courir qu'à compter des mesures de publicité des actes contestés.

<sup>11</sup> L'arrêt *Tropic* reprend très clairement ce principe : « *ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées* ». Cette notion de mesures appropriées est précisée par le Conseil d'État qui indique qu'il peut s'agir notamment d'un « *avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi* ». Il s'agit ainsi des mesures permettant une information des tiers à la fois sur la signature du contrat, mais également sur les modalités d'accès aux documents contractuels eux-mêmes. L'arrêt commenté de la Cour administrative d'appel de Lyon reprend tel quel le considérant de principe de l'arrêt *Tropic*.

<sup>12</sup> Cette règle de computation des délais liée aux mesures de publicité prend tout son sens lorsque celles-ci sont absentes ou insuffisantes : le délai de deux mois ne commence pas à courir, et est inopposable aux requérants. La requête ne peut donc être déclarée tardive.

<sup>13</sup> Là encore, il s'agit d'une règle classique et la cour de Lyon n'innove pas sur ce point. Si le Tribunal administratif de Grenoble avait déclaré la requête irrecevable car présentée plus de deux mois après la signature du contrat, la cour constate qu'aucune mesure de publicité appropriée n'a été réalisée : le délai de deux mois est donc inopposable à la société ACS Production.

## B.- La notion de concurrent évincé, une notion dépassée

<sup>14</sup> La notion de concurrent évincé est initialement apparue comme une condition de recevabilité centrale du recours *Tropic*. Elle le demeure indéniablement, même s'il est possible de douter de sa pertinence aujourd'hui.

<sup>15</sup> En effet, en 2007, le concurrent évincé est celui qui a candidaté mais qui n'a pas obtenu le contrat. Le commentaire aux *Grands arrêts* reprend cette évidence : « *on reconnaît facilement un concurrent évincé dans une entreprise qui a participé à la procédure d'attribution d'un marché public et qui ne l'a pas obtenu* » (préc. p. 910) . Mais cette catégorie première ne pouvait tenir seule le pavé. En effet, le recours *Tropic* est lié en pratique aux différentes procédures qui permettent de contester la légalité du contrat, et notamment à la procédure de référé précontractuel (art. L. 551-1 CJA), qui peut le précéder. Or, ce référé est limité à l'évocation de « *manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence* ». Dès lors, dans ce cadre, le juge administratif a précisé, dans son arrêt *SMIRGEOMES* du 3 octobre 2008, 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* ». Le juge établit donc un lien direct entre la recevabilité et les moyens qui peuvent être soulevés par les requérants.

16

A l'inverse, le recours *Tropic* a vocation à être le dernier recours contractuel possible, et surtout, il n'est pas limité quant aux moyens invocables par les requérants. Ce recours présente ainsi une dimension objective très forte, qui justifie une ouverture au nombre des requérants ayant qualité pour agir. C'est dans cette voie que le Conseil d'État s'est engagé, par différentes décisions. On citera notamment un arrêt du 26 novembre 2009, *Ministre de l'immigration et autres* dans lequel le Conseil d'État a rejeté la recevabilité du recours présenté par des entités qui n'apportaient « *aucun élément justifiant qu'elles auraient pu être candidates* » aux contrats contestés. C'était admettre implicitement qu'avec des éléments de preuve, une entité qui n'a pas candidaté mais qui aurait pu être candidate doit être considérée comme un concurrent évincé. Cette position a été explicitement confirmée par l'important avis rendu par le Conseil d'État le 11 avril 2012, *Société Gouelle* (CP-ACCP 2012, n° 121, p. 16, note J.-P. JOUGUELET ; *Procédures* 2012, n° 6, p. 26, note S. DEYGAS ; DA 2012, n° 7, p. 23, note F. BRENET ; *BJCP* 2012, n° 84, p. 387, conclusions N. BOULOUIS), dans lequel le juge administratif affirme que la qualité de concurrent évincé doit être « *reconnue à tout requérant qui aurait eu intérêt à conclure le contrat, alors même qu'il n'aurait pas présenté sa candidature, qu'il n'aurait pas été admis à présenter une offre ou qu'il aurait présenté une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable* ». Le Conseil d'État a ainsi choisi, à l'instar de l'invitation qui lui en était faite par son rapporteur public, de préserver le caractère objectif du recours, liant la recevabilité du recours à l'intérêt du requérant quant à la conclusion du contrat.

17

La Cour administrative d'appel de Lyon reprend littéralement le principe posé dans l'avis du Conseil d'État, ce qui la pousse à reconnaître la recevabilité pour agir de la société ACS Production qui avait refusé de candidater. La cour se fonde très clairement sur le domaine d'activité de la société, le contrat en cause étant identifié comme entrant dans son « *champ d'activité habituel* ». C'est en effet une des interrogations majeures suscitées par l'avis d'avril 2012 précité : sur quels critères le juge doit-il s'appuyer pour déterminer l'intérêt ou non d'une entité qui n'a pas candidaté à l'attribution d'un contrat ? Il semblait évident que le juge s'appuierait sur l'objet de l'entité, ses capacités techniques, financières, son champ d'intervention géographique, comme autant d'éléments qui, en lien avec le contrat, déterminent son intérêt à candidater. Mais la cour de Lyon livre ici une application non dénuée d'intérêt, parce qu'elle permet de s'interroger sur la notion de « concurrent évincé ».

18

Si la volonté d'ouverture affichée par le Conseil d'État, et doctement appliquée par la Cour administrative d'appel de Lyon, est compréhensible dans une perspective contentieuse, il est permis de s'interroger en effet sur la pertinence de la notion de « concurrent évincé ». Nul doute que c'est sa substance qui en fait l'intérêt, mais sur le plan sémantique, elle paraît largement dépassée : où est le concurrent lorsque de compétition il n'y a pas eu ? Où est l'éviction lorsque la candidature fait défaut ? La notion paraît ainsi désormais mal nommée, et une clarification semblerait tout à fait opportune et symbolique : pourquoi ne pas parler de candidat intéressé ? Puisque c'est l'intérêt qui fait la recevabilité, cette appellation nous paraît plus adaptée à une jurisprudence dont on sait désormais qu'elle obéit à un impératif pédagogique.

19

Il reste qu'en ouvrant largement la recevabilité du recours *Tropic* le juge en fait un outil central au service de la légalité contractuelle.

## II.- L'appréciation de la légalité du contrat et ses conséquences : des contours encore incertains

20

Là encore, l'arrêt commenté se contente, sur les principes, d'un classicisme absolu quant à l'application de la jurisprudence *Tropic* et ses suites. Si l'affaire est l'occasion de réaffirmer le principe d'impartialité en matière contractuelle (A), elle permet également de s'interroger sur l'étendue des pouvoirs du juge quant aux conséquences tirées de l'annulation du contrat (B).

### A.- L'application d'un principe général d'impartialité

21

Le recours *Tropic* permet au requérant d'invoquer l'ensemble des moyens de légalité. A ce titre, les principes dits de la commande publique (V. pour une application récente de ces principes CE 29 juin 2012 Société Pro2C) que sont la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures, occupent une place centrale. De manière générale, le principe d'impartialité se rattache à ces principes, plus particulièrement au principe d'égalité de traitement mais également au libre accès à la commande publique (V. par ex. CE 9 mai 2012, Cne de Saint-Maur-des-Fossés) . Du point de vue des marchés publics soumis à une procédure d'appel d'offres, ce principe d'impartialité se retrouve à l'article 33 du Code des marchés publics qui, définissant cette procédure, dispose qu'il s'agit de « *la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit l'attributaire, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats* ».

22 La Cour administrative d'appel de Lyon applique ce principe à l'ensemble du processus de passation, avec une vision large de la notion de pouvoir adjudicateur. En effet, la cour rappelle que le principe d'impartialité « *s'applique au pouvoir adjudicateur, ainsi qu'aux personnes et autorités extérieures dont il s'adjoint les conseils en vue de la passation d'un marché* ». Ainsi, si elle apparaît comme un avantage technique indéniable pour une collectivité, le recours à une expertise externe, au cours de la procédure de passation, est donc soumis aux principes communs de la commande publique et potentiellement objet de contentieux.

23 Sur le plan des principes, on remarquera à cet égard le caractère patent de l'illégalité en l'espèce. La commune avait fait appel à une société d'ingénierie, chargée de rédiger l'appel et de faire une analyse des offres. Or, il s'est avéré que le gérant du cabinet de conseil était le père d'un des gérants de la société attributaire... Il s'agit donc ici d'une violation apparente et manifeste du principe d'impartialité, à laquelle la commune n'a pas réagi. C'est sur ce motif que la cour conclut à l'illégalité du contrat.

24 En effet, c'est souvent le cas en matière d'impartialité, ce ne sont pas tant les liens existants entre le maître d'œuvre et l'attributaire qui sont contestés, mais bien « *l'absence de garanties appropriées pour pallier les risques apparents de partialité* ». La cour condamne ainsi l'inaction de la commune, sans pour autant condamner la fiabilité de l'offre de la société attributaire, et même l'expertise fournie par le cabinet de conseil. Simplement, les risques de défaut d'impartialité étaient ici objectifs, apparents, et auraient nécessité un encadrement plus important.

25 L'impartialité est ainsi appréciée *in concreto* par le juge, mais l'arrêt est l'occasion de rappeler son caractère général quant à son champ d'application, et notamment les personnes visées.

## B.- Le sort de l'ouvrage public confronté aux pouvoirs du juge du contrat

26 Caractérisé comme un recours de plein contentieux, le recours *Tropic* offre au juge d'importants pouvoirs de modulation des conséquences tirées de l'illégalité du contrat. Ces conséquences doivent s'apprécier à la fois sur le contrat lui-même, mais également, et c'est tout l'intérêt de l'arrêt commenté, sur les effets produits par le contrat exécuté.

27 Sur le plan du contrat en lui-même, on le sait au moins depuis 2003, le juge possède une très large palette de pouvoirs qui vont de la poursuite des relations contractuelles à la résolution de ces relations, en fonction de la gravité de l'illégalité et des conséquences de sa décision sur l'intérêt général. C'est d'abord dans le contentieux des

actes détachables (CE 10 décembre 2003, *IRD* ; CE 21 février 2011, *Société Ophrys*), puis dans l'arrêt *Tropic* lui-même que le juge a fixé les principes de cette modulation. Le principe directeur est qu'une illégalité n'entraîne pas par principe la nullité du contrat. Seules les illégalités les plus graves conduisent à une remise en cause des relations contractuelles. Le juge ne peut remettre en cause ces relations que sous réserve que cela ne porte pas « *une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des contractants* ».

28 L'affaire est ici un excellent exemple de mise en œuvre de ces principes : le vice est avéré et d'une gravité importante en ce sens qu'il est au fondement même de la conclusion du contrat. Dès lors, la Cour prononce la nullité du marché, ayant auparavant vérifié qu'elle ne portait pas « *une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des contractants* ».

29 Quant aux effets produits par le contrat, l'arrêt posait une question à notre connaissance inédite. En l'espèce, le contrat avait pour objet la construction de terrains de tennis couverts, que l'on peut qualifier d'ouvrage public en ce sens qu'il s'agit d'un immeuble appartenant à une personne publique et affecté à l'intérêt général. La société ACS Production en demandait la démolition, comme conséquence de l'annulation du contrat. Sur le principe, la démolition d'un ouvrage public est encadrée mais ne présente pas de difficulté. Il est en effet possible pour le juge depuis l'arrêt du Conseil d'État du 29 janvier 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans* de prononcer la démolition d'un ouvrage public irrégulièrement implanté. Mais pour prendre cette décision, le juge vérifie, d'une part, si des possibilités de régularisation existent, et d'autre part si sa décision est susceptible de porter une atteinte excessive à l'intérêt général. Autrement dit, cette jurisprudence ne consacre pas l'automatisme de la tangibilité de l'ouvrage irrégulièrement implanté, mais nuance le principe d'intangibilité.

30 En revanche, la question première à laquelle la Cour devait répondre était la suivante : le juge du contrat peut-il, dans le cadre de ses pouvoirs, prononcer la démolition de l'ouvrage comme conséquence de l'annulation du contrat ? Le Conseil d'État n'a à notre connaissance jamais eu à se prononcer sur cette question dans le cadre d'un recours *Tropic*. Comme si cela tombait sous le coup de l'évidence, le rapporteur public évacue la question d'un trait de plume, et considère qu'il n'appartient pas au juge de prononcer cette démolition. La position de la Cour, bien que non motivée, nous paraît davantage nuancée puisqu'elle considère que « *l'annulation d'un contrat n'implique pas nécessairement que le juge ordonne la démolition de l'ouvrage réalisé en application du contrat* ». L'emploi de l'adverbe « *nécessairement* » laisse ouvert le champ des possibles.

31

Au regard de la jurisprudence précitée *Commune de Clans* et du développement considérable des pouvoirs du juge, on voit mal pourquoi il n'entrerait pas dans l'office du juge du contrat de tirer toutes les conséquences de son annulation en prononçant la démolition de l'ouvrage qui en a résulté. On comprend aisément la position de la cour en l'espèce : l'ouvrage est construit selon le projet de la commune, sur une propriété publique : c'est la procédure à l'origine de l'ouvrage qui est en cause plus que l'ouvrage lui-même et son implantation. Le bilan entre le maintien de l'ouvrage et sa démolition était ainsi largement favorable à son maintien, et ce faisant, la cour semble s'inscrire parfaitement dans la jurisprudence de 2003.

32

La question de l'office du juge du contrat est indéniablement complexe, et sur ce point une clarification serait bienvenue. C'est encore une fois le réalisme du juge du fond, tourné vers l'intérêt général, qui permet ici d'apporter une réponse satisfaisante au litige, et c'est sans doute heureux.