



Par David
CAPITANT

Professeur
à l'Université Paris I
Panthéon-Sorbonne
Avocat au Barreau
de Paris

La réforme du contentieux de la passation des contrats de commande publique

L'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 réécrit les articles L. 551-1 et suivants du Code de justice administrative et met en place un référé contractuel permettant de contester la régularité de la procédure suivie pour passer un marché public ou une délégation de service public non plus seulement avant, mais également après la conclusion du contrat. L'ordonnance assure ainsi la transposition de la directive n° 2007/66/CE qui avait déjà inspiré la jurisprudence « *Tropic Travaux Signalisation* » de 2007.

RJCT 1391

Ord. n° 2009-515, 7 mai 2009, JO 9 mai, p. 7796

L'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, publiée au JO du 8 mai 2009, opère une réforme importante du contentieux de la passation des contrats de commande publique à l'occasion de la transposition en droit interne de la directive n° 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 relative à l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics (JOUE 20 déc., n° L 335) qui est elle-même venue modifier les directives « Recours » n° 89/665/CEE du 21 décembre 1989 (JOCE 30 déc., n° L 395) et n° 92/13/CEE du 25 février 1992 (JOCE 23 mars, n° L 76)⁽¹⁾.

Intervenue sur le fondement de l'habilitation accordée au gouvernement par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, cette ordonnance remplace les articles L. 551-1 et L. 551-2 du Code de justice administrative relatifs au référé précontractuel par vingt-trois articles consacrés aux contrats de commande publique relevant du juge administratif. De manière parallèle, elle abroge les dispositions de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 concernant les procédures relatives aux marchés de commande publique relevant du juge judiciaire et les remplace par les dispositions de ses articles 2 à 20, prévoyant en outre que des tribunaux de grande instance spécialisés seront désormais compétents pour régler ce contentieux particulier (C. org. jud., art. L. 211-13). L'ordonnance du 7 mai 2009 mérite d'être examinée sous trois angles. Elle opère une rationalisation des recours en référé relatifs aux contrats de commande publique dont elle redéfinit le champ d'application (I). Elle introduit quelques modifications dans la procédure de référé précontractuel afin d'en améliorer l'efficacité (II). Surtout, elle introduit un nouveau recours en référé susceptible d'être introduit non plus avant mais après la signature du contrat pour tenir compte notamment des cas dans lesquels un référé précontractuel n'a pas pu être ou pas pu être efficacement introduit pour contester des manquements aux obligations de publicité et de mise en

concurrence qui constituent le cœur du droit de la passation des contrats de commande publique (III).

I - STRUCTURE ET CHAMP D'APPLICATION

L'ordonnance du 7 mai 2009 opère une réorganisation des procédures de référé précontractuel en reformulant les dispositions relatives au champ d'application du référé précontractuel, sur lequel elle calque par ailleurs le champ d'application du nouveau référé contractuel.

La structure du droit communautaire est relativement simple dans le domaine qui nous intéresse puisque la directive « Recours » n° 89/665/CEE prévoit une procédure applicable aux marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs dans les secteurs classiques tels qu'ils sont définis par la directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004 (JOUE 30 avr., n° L 134), tandis que la directive « Recours » n° 92/13/CEE s'applique aux marchés publics passés par les entités adjudicatrices dans les secteurs spécifiques (ex secteurs exclus) tels qu'ils sont définis par la directive n° 2004/17 du 31 mars 2004 (JOUE 30 avr., n° L 134). La transposition de ces directives en droit français a été opérée de manière relativement complexe.

D'une part, les marchés publics au sens du droit communautaire relèvent en France d'une juridiction différente selon qu'ils sont qualifiés de contrats administratifs ou de contrats de droit privé, c'est-à-dire essentiellement s'ils sont passés par une personne morale de droit public ou de droit privé, par application du critère organique qui conserve une place éminente pour qualifier un contrat. Les conditions d'intervention des juridictions administrative et judiciaire étant foncièrement différentes, les recours prévus par les directives communautaires ont été transposés parallèlement dans le Code de justice administrative pour les marchés administratifs (C. just.

(1) Sur cette ordonnance, cf. Linditch F., JCP A 2009, n° 2144 et Dreyfus J.-D., AJDA 2009, p. 1145.

adm., art. L. 551-1 s. qui ont pris en 2000 la suite des articles L. 22 et suivants du Code des tribunaux administratifs, eux-mêmes issus de la loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 qui a opéré la première transposition et instauré le référé précontractuel dans sa forme originale) et dans l'ordonnance du 6 juin 2005 pour les marchés de droit privé (qui a remplacé les dispositions issues de la loi n° 93-1416 du 29 décembre 1993). Cette distinction française n'est pas remise en cause par la nouvelle ordonnance qui conserve la division entre les dispositions nouvelles du Code de justice administrative qui restent applicables aux procédures menées devant les juridictions administratives tandis que les articles 2 et suivants de l'ordonnance du 7 mai 2009 se substituent aux dispositions correspondantes de l'ordonnance du 6 juin 2005 pour les procédures menées devant les juridictions judiciaires. D'autre part, le second facteur de complexité de la transposition en droit français des directives « *Recours* » provient du fait que le Code français des marchés publics retient une définition plus stricte de la notion de « *marché public* » que celle qui est retenue au plan communautaire, puisque ne sont ainsi

qualifiés que les contrats passés par certaines personnes morales de droit public dont la liste est donnée à l'article 2 de ce code, ce qui permet de lui conserver une forme réglementaire sans empiéter sur le domaine de compétence du législateur tel qu'il est défini par la Constitution du 4 octobre 1958. Sont donc également des marchés publics au sens communautaire les contrats qui relèvent en droit français de l'ordonnance du 6 juin 2005 qui transpose les directives « *marchés publics* » pour les marchés passés par des personnes morales de droit privé ou par des personnes morales de droit public non énumérées à l'article 2 du Code des marchés publics. Il en va de même pour des contrats faisant l'objet de régimes particuliers en droit français, mais susceptibles d'être qualifiés de marchés publics au sens du droit communautaire : contrats de partenariat de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, concessions d'aménagement dans certaines conditions, certains baux emphytéotiques administratifs, etc.

Pour tenir compte de cette dispersion, il est apparu nécessaire, afin d'assurer la transposition complète des directives « *Recours* », de prévoir expressément l'application des dispositions pertinentes du Code de justice administrative non seulement aux marchés publics au sens qu'en donne le code français des marchés publics mais également à ces autres contrats. Il en va de même pour les articles pertinents de l'ordonnance du 6 juin 2005. Aussi convenait-il de modifier ces articles lorsque de nouvelles catégories de contrats étaient créées ; ce fut notamment le cas lors de l'adoption de l'ordonnance du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat. Encore n'était-on jamais certain, en raison de l'incertitude des définitions, de répondre de manière complète aux exigences du droit communautaire en matière de recours. La jurisprudence avait paré à cette difficulté en considérant très tôt que le mécanisme de référé précontractuel était applicable aux marchés publics au sens communautaire (CE, 20 mai 1998, n° 188239, Communauté de communes du Piémont de Barr, Rec. CE 1998, p. 201, RFD adm. 1998, p. 593, concl. Savoie H.).

À cela s'ajoute que le droit français, allant au-delà de ce qu'exige le droit communautaire, a fait entrer dans le champ d'application du référé précontractuel non seulement les marchés publics, mais également les « *délégations de service pu-*

blic », qui correspondent largement aux « *concessions* » qui se trouvent exclues du champ d'application des directives « *Marchés publics* » et par conséquent des directives « *Recours* ». C'est ainsi l'unité des contrats de commande public, regroupant marchés et concessions qui se trouvait exprimée par le droit français des recours.

L'ordonnance du 7 mai 2009 a tenté de simplifier ces questions de champ d'application en abandonnant le recours à des notions française pour s'appuyer plus directement sur les définitions communautaires. Ainsi le nouvel article L. 551-1 du Code de justice administrative s'applique-t-il désormais d'abord pour les pouvoirs adjudicateurs, comme le nouvel article L. 551-5 pour les entités adjudicatrices, aux « *contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix* ». Il s'agit de la reprise de la définition du marché public telle qu'elle est donnée par les directives « *Marchés publics* », qui intègre donc l'ensemble des contrats français susceptibles d'entrer dans cette catégorie

indépendamment de leur qualification par le droit national ; cela n'est pas nouveau il s'agit de la consécration de la jurisprudence « *Communauté de communes du Piémont de Barr* » précitée. Il en va de même pour les définitions retenues par l'article 2 de l'ordonnance pour les marchés privés passés par les pouvoirs adjudicateurs ou par l'article 5 pour les marchés privés passés par les entités adjudicatrices.

Afin de conserver les concessions de services dans le champ d'application

des procédures de référé en matière contractuelle, le texte de l'ordonnance se réfère aux « *contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation* », puisqu'en effet la directive n° 2004/18/CE définit la concession de service comme « *un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services, à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix* » (art. 1^{er}, 3). C'est d'ailleurs strictement à cette terminologie que s'arrêtait le projet d'ordonnance du gouvernement. Le Conseil d'État y a ajouté expressément la mention des délégations de service public. La formule peut apparaître quelque peu redondante si l'on considère qu'il y a correspondance exacte entre délégation de service public au sens du droit français et concession de service public au sens du droit communautaire. Pour autant, cet ajout ne manque pas de pertinence tant il est vrai que l'imprécision de la distinction, au sein des contrats de commande publique, entre marchés publics d'une part et concessions et délégation de service public d'autre part, manque de précision dans la jurisprudence nationale et communautaire. Si le critère de la rémunération a pu apparaître comme un critère relativement simple à employer, de sorte que la jurisprudence du Conseil d'État a cru pouvoir se reposer entièrement sur lui (CE, 15 avr. 1996, n° 168325, Préfet des Bouches du Rhône c./Cne Lambesc, RFD adm. 1996, concl. Chantepy Ch.), il est bien vite apparu que ce critère posait de redoutables difficultés, que celui du risque devait peut-être lui être parfois préféré (CE, sect. 7 nov. 2008, n° 291794, Dpt de la Vendée, RLCT 2009/43, n° 1238, note Capitant D., AJDA 2008, p. 2454, note Richer L.) de sorte que l'abandon

(...) *le Code français des marchés publics retient une définition plus stricte de la notion de « marché public » que celle qui est retenue au plan communautaire* (...)

de la notion de délégation de service public, introduite dans le droit français par les lois n° 92-125 du 6 février 1992 et n° 93-122 du 29 janvier 1993, qui s'appuie sur le critère du transfert de responsabilité d'une entreprise autonome, aurait été prématuré.

À travers ces évolutions, le droit français conserve sa particularité qui est d'assurer un champ d'application extrêmement large aux mécanismes de contrôle de la régularité de la passation des contrats de commande publique au regard des obligations de publicité et de concurrence. En effet, le jeu combiné des articles L. 551-1 et suivants du Code de justice administrative et des articles 2 et suivants de l'ordonnance du 7 mai 2009 étendent ces mécanismes de contrôle non seulement aux marchés publics passés au-dessus des seuils communautaires, comme l'impose les directives « *Recours* », mais également aux marchés publics passés sous les seuils et aux concessions de service. Il s'agit là d'une transposition *a maxima* qui assure la plus grande ouverture du prétoire du juge dans ce type de situation et qui caractérise la France par rapport à d'autres États membres de l'Union européenne, comme l'Allemagne, dans lesquels la transposition a été effectuée *a minima*, de sorte que les mécanismes de contrôle correspondant voient leur champ d'application strictement limité aux marchés publics passés au-dessus des seuils communautaires.

II – L'ÉVOLUTION DU RÉFÉRÉ PRÉCONTRACTUEL

Le premier objectif poursuivi par la directive n° 2007/66/CE consistait à renforcer l'efficacité du mécanisme de référé précontractuel en introduisant un délai obligatoire entre la décision d'attribution du marché et la conclusion dudit marché, de manière à « *donner aux soumissionnaires concernés le temps suffisant pour étudier la décision d'attribution du marché et déterminer s'il est opportun d'engager une procédure de recours* ». Les articles 2 bis et 2 ter de la directive modifiée imposent ainsi désormais un délai minimal de suspension entre l'introduction du recours précontractuel et la conclusion du marché, de 10 ou 15 jours selon que l'information des concurrents malheureux est assurée par la voie électronique ou par la voie postale. Les modalités d'information sont également précisées de sorte qu'est rendue obligatoire la transmission aux soumissionnaires des informations qui leur sont indispensables pour décider de la pertinence d'introduire un recours efficace, notamment d'un exposé synthétique des motifs du choix opéré par le pouvoir adjudicateur.

Une telle exigence avait d'abord été formulée par la jurisprudence communautaire (CJCE, 28 oct. 1999, aff. C-81/98, Alcatel Austria, Rec. CJCE, I, p. 7671 ; CJCE, 24 juin 2004, aff. C-212/02, Commission c./Autriche) et nationale (CE, 19 déc. 2007, n° 291487, SIAEP du Confolentais, AJDA 2008, p. 15, BJCP 2008, n° 57, concl. Boulouis N.) qui imposaient un délai « *raisonnable* » de suspension. Le droit français a fixé à 10 jours ce délai dans le Code des marchés publics de 2006 (C. marchés publ., art. 80). Calculé à partir de la notification de la décision d'attribution, il est ainsi conforme aux exigences de la directive et ne se trouve pas modifié.

Sur un second point en revanche, la transposition de la directive a conduit à modifier les modalités de mise en œuvre du référé précontractuel. Le nouvel article 2 de la directive « *Recours* » impose en effet désormais un délai de suspension postérieur à la saisine du juge, interdisant ainsi au pouvoir adjudicateur de conclure le marché avant que l'instance de recours n'ait statué sur la demande. Le droit français ne prévoyait, conformément à l'état antérieur du droit communau-

taire, qu'un simple pouvoir pour le juge d'ordonner que la signature du contrat soit différée pour une durée maximale de 20 jours. La suspension est désormais automatique jusqu'à la notification de la décision juridictionnelle, comme le prévoient les nouveaux articles L. 551-4 et L. 551-9 du Code de justice administrative.

Cette disposition doit être lue avec un mécanisme qui va au-delà de ce qu'impose la directive. Le nouvel article L. 551-11 du Code de justice administrative prévoit en effet l'introduction d'un délai, dont la durée sera précisée par le décret d'application, avant lequel le juge ne pourra statuer, cela afin de s'assurer que tous les recours auront été déposés de sorte que les recours puissent être joints et que le juge puisse se prononcer sur l'ensemble des points litigieux relatifs à une même procédure de passation. Ce nouveau mécanisme présentera peut-être l'inconvénient de conduire à un alourdissement de la procédure en proposant un moyen dilatoire nouveau aux concurrents malheureux désireux de ralentir la conclusion d'un contrat sans que le juge ne puisse intervenir immédiatement pour rejeter un tel recours. Il appartiendra au décret d'application de prévoir une possibilité d'ordonnance anticipée de rejet dans un tel cas.

Il est enfin à noter que l'art. L. 551-2 nouveau du Code de justice administrative, qui définit les pouvoirs du juge dans le cadre du référé précontractuel, précise désormais que le juge doit opérer un bilan des intérêts publics et privés en présence s'il désire ordonner la suspension de la procédure de passation au-delà du délai automatique évoqué ci-dessus. Mais comme il s'agit d'un pouvoir et non d'une obligation pour le juge, on ne voit guère comment il pourrait le mettre en œuvre sans opérer préalablement un tel bilan, de sorte que cette précision ne devrait pas modifier fondamentalement l'état du droit tel qu'il était prévu par l'article L. 551-1 ancien qui conduit déjà le juge à examiner, avant d'ordonner la suspension, dans quelle mesure les exigences de la légalité de la procédure doivent prévaloir face à la nécessité d'assurer la continuité du service public ou encore aux coûts susceptibles de résulter pour l'administration comme pour les opérateurs économiques, d'un retard dans la mise en œuvre de l'opération contractuelle.

Enfin l'article L. 551-12 du Code de justice administrative précise désormais expressément que le juge saisi d'un référé précontractuel peut décider d'office des mesures à adopter en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Il s'agit là de la consécration d'une solution jurisprudentielle antérieure aux termes de laquelle « *dès lors qu'il est régulièrement saisi, (le juge) dispose – sans toutefois pouvoir faire obstacle à la faculté, pour l'auteur du manquement, de renoncer à passer le contrat – de l'intégralité des pouvoirs qui lui sont (...) conférés pour mettre fin, s'il en constate l'existence, aux manquements de l'administration à ses obligations de publicité et de mise en concurrence* » (CE, 20 oct. 2006, n° 289234, Cne d'Andeville, AJDA 2006, p. 2340, concl. Casas D.), de sorte qu'il lui était loisible d'adopter des mesures différentes de celles qui lui étaient demandées par le requérant.

III – LA CRÉATION D'UN RÉFÉRÉ CONTRACTUEL

Le second objectif poursuivi par la directive n° 2007/66/CE consistait à remédier aux cas dans lesquels, aucune procédure n'ayant été mise en œuvre par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice, un marché se trouvait signé sans que le mécanisme de référé précontractuel n'ait pu fonction-

ner. Il apparaît nécessaire dans un tel cas de prévoir la possibilité pour les concurrents évincés d'attaquer le marché après sa conclusion. C'est bien la solution retenue par la directive, qui impose l'introduction par les États membres d'un mécanisme de « *recours contractuel* », tout en limitant cette obligation aux cas des marchés signés de gré à gré en dehors de toute publication d'un avis d'appel public à la concurrence. Il y a donc une articulation très claire entre les deux recours, le recours contractuel n'étant destiné qu'à prendre le relais du recours précontractuel lorsque celui-ci se trouve dépourvu d'efficacité. L'ordonnance commentée assure la transposition de ce nouveau recours en lui consacrant une section propre dans le Code de justice administrative (C. just. adm., art. L. 551-13 à 23) qui trouve son pendant dans les articles 11 à 20 de l'ordonnance elle-même pour les marchés de droit privé. Ce nouveau recours est ouvert aux mêmes personnes que le recours précontractuel, soit, aux termes de l'article L. 551-14 du Code de justice administrative, « *celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'État dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local* ». La jurisprudence « SMIRGEOMES » développée dans le cadre du recours précontractuel trouve donc ici un nouveau cas d'application, de sorte que ne peuvent être soulevés que des moyens fondés sur des

« *manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles (d') avoir lésé (le requérant), fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente* » (CE, séct., 3 oct. 2008, n° 305420, SMIRGEOMES, AJDA 2008, p. 1855, BJCP 2008, n° 61, p. 451, concl. Dacosta B. et obs. Schwartz R., RLCT 2008/41, n° 1178, note Glaser E., Bulletin d'actualité Lamy Droit public des affaires, 2008, H, obs. Fornacciarri M. et Griveaux D.).

Simple complément au référé précontractuel, le référé contractuel ne peut être utilisé que dans les situations dans lesquelles le référé précontractuel n'a pu être un instrument de contrôle efficace. Ainsi, si tous les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence peuvent être invoqués devant le juge aux termes de l'article L. 551-14 du Code de justice administrative, celui-ci ne peut être saisi que dans deux cas évoqués à l'article 2 quinquies de la directive modifiée. Le premier cas concerne les marchés passés illégalement de gré à gré en l'absence de toute mesure requise de publicité (C. just. adm., art. L. 551-18), c'est-à-dire lorsqu'a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication était prescrite ou, dans les cas où une telle publication n'est pas nécessaire, lorsqu'aucune des mesures de publicité requises n'a été prise. Dans ce dernier cas, la jurisprudence devra probablement déterminer quel degré de publicité, même incomplète, est suffisant pour considérer que les concurrents auraient pu exercer un référé précontractuel et donc pour écarter le référé contractuel.

Le second cas concerne les marchés conclus avant le complet écoulement du délai de suspension déclenché par la communication de l'avis d'attribution du marché aux concurrents aux termes de l'article 80 du Code des marchés publics, qui est destiné à leur permettre d'introduire un référé précontractuel dans de bonnes conditions. Sa violation entraîne donc

la possibilité de recourir au référé contractuel. Il faut rattacher à ce même cas celui des marchés passés en méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique puisque, dans un tel cas et conformément aux articles 76 et 78 du Code des marchés publics, aucun délai de suspension n'est prévu entre l'attribution du marché et sa conclusion, afin de ne pas freiner des procédures destinées à rendre plus rapides les commandes publiques, conformément à l'article 2 ter de la directive modifiée.

L'articulation du référé contractuel avec le référé précontractuel se marque également par le fait qu'aux termes de l'article L. 551-14 du Code de justice administrative, le référé contractuel est fermé aux requérants ayant préalablement introduit un recours en référé précontractuel. Il s'agit d'éviter que le référé contractuel ne soit une seconde voie de recours qui pourrait être utilisée en cas de rejet d'une demande effectuée dans le cadre du référé précontractuel.

Bien entendu, cette limitation de la recevabilité du recours contractuel est elle-même conditionnée au respect par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice de l'effet suspensif du référé précontractuel sur la signature du contrat puisque le juge devient incompétent en cas de signature, selon la jurisprudence la plus classique (CE, 3 nov. 1995, n° 157.304, CCI de Tarbes, Rec. CE 1994, p. 394, concl. Chantepy Ch.). Il faut encore que le pouvoir adjudicateur se

soit conformé à la décision juridictionnelle rendue sur le recours en référé précontractuel, ce qui pourrait conduire le référé contractuel à jouer un rôle en cas d'inexécution d'une décision rendue sur référé précontractuel.

Enfin, l'article L. 551-16 du Code de justice administrative indique expressément que le référé contractuel n'est pas destiné à régler un contentieux indemnitaire qui devra passer par la procédure classique : « *aucune demande tendant à l'octroi de dommages et intérêts ne peut être présentée à l'occasion du recours régi par la présente section* ». Même s'il intervient après la conclusion du contrat, le référé contractuel, n'est qu'une procédure préventive, destinée à éviter autant que faire se peut l'exécution de contrats en violation des obligations de publicité et de mise en concurrence, et non pas une procédure accélérée qui pourrait être utilisée pour régler les litiges découlant de l'application de contrats passés dans de telles conditions. Seules sont expressément recevables des demandes indemnitaires reconventionnelles strictement liées à l'instance elle-même et destinées à réparer les dommages nés de l'introduction du recours ou des conditions de déroulement de l'instance imputables aux parties. Il était utile de le préciser car la jurisprudence n'a pas toujours admis la recevabilité de telles conclusions dans le cadre du référé précontractuel (TA Amiens, 15 avr. 1994, Préfet de la Somme c./ Syndicat intercommunal d'électrification rurale de Roisel-Hattencourt, Rec. CE tables 1994, p. 1043).

Afin de stabiliser aussi rapidement que possible les marchés passés de gré à gré, la directive prévoit la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices de publier volontairement un « *avis d'attribution* » et de respecter un délai de suspension avant la conclusion du contrat, de sorte que d'éventuels requérants aient ainsi la possibilité d'introduire un référé précontractuel, un référé contractuel se trouvant

(...) le référé contractuel, n'est qu'une procédure préventive (...) et non pas une procédure accélérée (...)

alors exclu. L'ordonnance commentée a transposé ce mécanisme à l'article L. 551-15 du Code de justice administrative. Il est applicable aux marchés non soumis à une obligation de publicité préalable (en cas d'urgence impérieuse, ou en cas de marché complémentaire, après appel d'offre infructueux par exemple, aux termes de l'article 35-II du Code des marchés publics), aux marchés soumis à une obligation de publicité préalable mais non à une obligation de communiquer l'avis d'attribution aux concurrents évincés (c'est le cas par exemple des marchés passés selon la procédure adaptée ; cf. article 80 du Code des marchés publics), avec un délai de suspension de 11 jours suivant la publication volontaire ; enfin aux marchés passés dans le cadre d'un accord-cadre ou d'un système d'acquisition dynamique, lorsque la décision d'attribution est envoyée aux titulaires et qu'est respectée une suspension de 16 jours en cas d'envoi postal ou de 11 jours en cas d'envoi électronique. Si les pouvoirs adjudicateurs décident de procéder à une telle publication volontaire, la possibilité ainsi donnée aux concurrents d'exercer un recours précontractuel éteint la voie du recours contractuel.

Le texte de l'ordonnance commentée ne prévoit aucun délai pour l'introduction d'un référé contractuel. Le délai devrait être précisé par le décret d'application. Le considérant 25 de la directive n° 2007/66/CE prévoit, afin d'assurer « la sécurité juridique des décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices (...) un délai minimal raisonnable de prescription des recours visant à faire constater l'absence d'effet du marché ». L'article 2 septies de la directive fixe la durée minimale de ce délai à 30 jours à partir de la publication de l'avis d'attribution du marché ou à défaut d'une telle publication à six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat. Ce sont ces délais que devrait reprendre le décret d'application (cf. Bergeal C., Entretien, AJDA 2009, p. 1012).

La sanction de principe en cas de passation illégale d'un marché de gré à gré est, selon la directive, l'absence d'effets de ce contrat. L'entité de contrôle doit donc disposer d'un pouvoir de prononcer la nullité du marché ou de la délégation en cause et l'article L. 551-18 du Code de justice administrative confère un tel pouvoir au juge du référé contractuel. Il est en principe mis en œuvre automatiquement s'agissant des contrats conclus avant l'écoulement des délais suspensifs consécutifs à l'envoi de l'avis d'attribution ou à l'introduction d'un recours en référé précontractuel. Le juge ne prononcera cependant la nullité du contrat que si la signature anticipée a privé le demandeur de son droit d'exercer un recours en référé précontractuel (ce qui sera en principe le cas puisque la signature du contrat bloque la procédure de référé précontractuel ; il n'en irait différemment que si le juge, rapidement saisi, avait eu le temps de se prononcer avant la signature anticipée). Il faut en outre que les obligations de publicité et de mise en concurrence méconnues l'aient été d'une manière affectant les chances du requérant d'obtenir le contrat ; ce qui est largement redondant avec les dispositions de l'article L. 551-14 du Code de justice administrative qui précisent que le référé contractuel n'est ouvert qu'aux personnes susceptibles d'être lésées par d'éventuels manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Si ces deux conditions cumulatives ne sont pas remplies, le juge dispose du choix entre l'annulation et les sanctions alternatives prévues par l'article L. 551-20.

Seules des raisons impérieuses d'intérêt général doivent pouvoir conduire à une solution moins radicale que le prononcé de la nullité du contrat aux termes de l'article 2 quinquies 3

de la directive « *Recours* », transposé par l'article L. 551-19 du Code de justice administrative ; par exemple le fait que seul le cocontractant soit en mesure d'exécuter les obligations contractuelles restantes. Le juge peut alors avoir recours à des sanctions alternatives (C. just. adm., art. L. 551-20) : résiliation du contrat, réduction de sa durée ou encore pénalités financières imposées au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, qui doivent être proportionnelles à leur fonction de dissuasion et ne doivent en tout état de cause pas excéder 20 % du montant hors taxe du contrat (C. just. adm., art. L. 551-22).

Une raison impérieuse peut également résulter d'une atteinte disproportionnée à un intérêt économique (C. just. adm., art. L. 551-19), à condition que celui-ci ne soit pas directement lié au contrat, c'est-à-dire par exemple aux coûts engendrés par un retard dans l'exécution du contrat, par le lancement d'une nouvelle procédure, par le changement d'entreprise, etc. S'il s'agit d'une délégation de service public en revanche, le code permet la prise en compte de tout type d'intérêt économique pour recourir aux sanctions alternatives puisqu'il s'agit alors en principe d'une concession au sens communautaire, de sorte que les restrictions prévues par la directive « *Recours* » ne s'appliquent pas dans tous leurs éléments, sauf à ce que la jurisprudence de la CJCE en étende le champ d'application dans la ligne de sa jurisprudence « *Telaustria* » (CJCE, 7 déc. 2000, C-324/98, Rec. CJCE, I, p. 10745).

Afin d'assurer la parfaite efficacité de la procédure de contrôle, qui dépend bien entendu du degré d'exécution du contrat lors de la décision juridictionnelle, le juge se voit doté du pouvoir de suspendre l'exécution du contrat pendant la durée de l'instance, après avoir fait le bilan de l'ensemble des intérêts en présence, privés et public (C. just. adm., art. L. 551-17). Il ne s'agit donc pas d'un effet suspensif automatique comme dans le cadre du référé précontractuel. Concernant le bilan des intérêts en présence, le juge pourra reprendre les considérations développées dans le cadre du référé-suspension demandé dans le cadre des recours introduits directement contre les contrats par les concurrents évincés sur le fondement de la jurisprudence « *Société Tropic Travaux Signalisation* » (CE, ass., 16 juillet 2007, n° 291545, BJCP 2007, no 54, p. 704, concl. Casas D., et note Maugué Ch., Schwartz R. et Terneyre Ph., D. 2007, p. 2500, note Capitain D.). Ainsi a-t-il pris en compte dans sa décision « *Société Biomérieux* », d'une part, « la méconnaissance par la collectivité publique du caractère exécutoire de l'ordonnance du juge des référés précontractuels et l'atteinte grave et immédiate qu'elle porte à un intérêt public » et, d'autre part, « des éléments précis relatifs aux risques pour la collectivité publique qui résulteraient de la suspension du marché » pour se prononcer en faveur de la suspension de l'exécution du marché en cause (CE, 6 mars 2009, n° 324064, Sté Biomérieux).

De manière plus générale, la question se pose de la façon dont la nouvelle procédure, qui sera applicable aux contrats pour lesquels une consultation sera engagée à partir du 1^{er} décembre 2009 aux termes de l'article 25 de l'ordonnance commentée, devra trouver sa place au sein des possibilités de recours déjà existantes. Plus précisément, c'est au regard des contraintes découlant de la directive n° 2007/66/CE qu'a été ouverte par la décision « *Tropic Travaux Signalisation* » précitée une nouvelle voie de recours aux concurrents évincés d'une procédure de passation d'un contrat directement contre le contrat lui-même, et non plus seulement contre les actes détachables du contrat, permettant ainsi au juge, en cas d'illégalité de la procédure de passation, de prononcer la nullité du contrat même. La directive « *Recours* » modifiée non encore transposée est même expressément mentionnée dans la

décision « *Biomérieux* » précitée qui tire les conséquences de la décision « *Tropic Travaux Signalisation* » dans le domaine du référé suspension. Quel est l'avenir de ce recours jurisprudentiel alors que l'ordonnance commentée prévoit un recours spécifiquement adapté aux exigences de la directive « *Recours* » modifiée ?

Il nous semble que la conciliation entre les deux solutions devrait permettre leur coexistence. Le recours issu de la jurisprudence « *Tropic* » conserve son utilité propre dans la mesure où son champ d'application est plus large que celui du référé contractuel et devrait continuer de s'étendre. Alors que le référé contractuel ne peut être utilisé que pour remédier à des manquements aux obligations de publicité et de transparence, le recours « *Tropic* » peut être fondé sur des illégalités plus nombreuses : règles de répartition des compétences au sein d'une collectivité, règles du droit de la concurrence, principe de spécialité d'un établissement public par exemple. En outre, s'il est actuellement réservé aux concurrents évincés, qui sont également les requérants auxquels s'adresse le référé contractuel, le recours « *Tropic* » pourrait s'ouvrir à d'autres

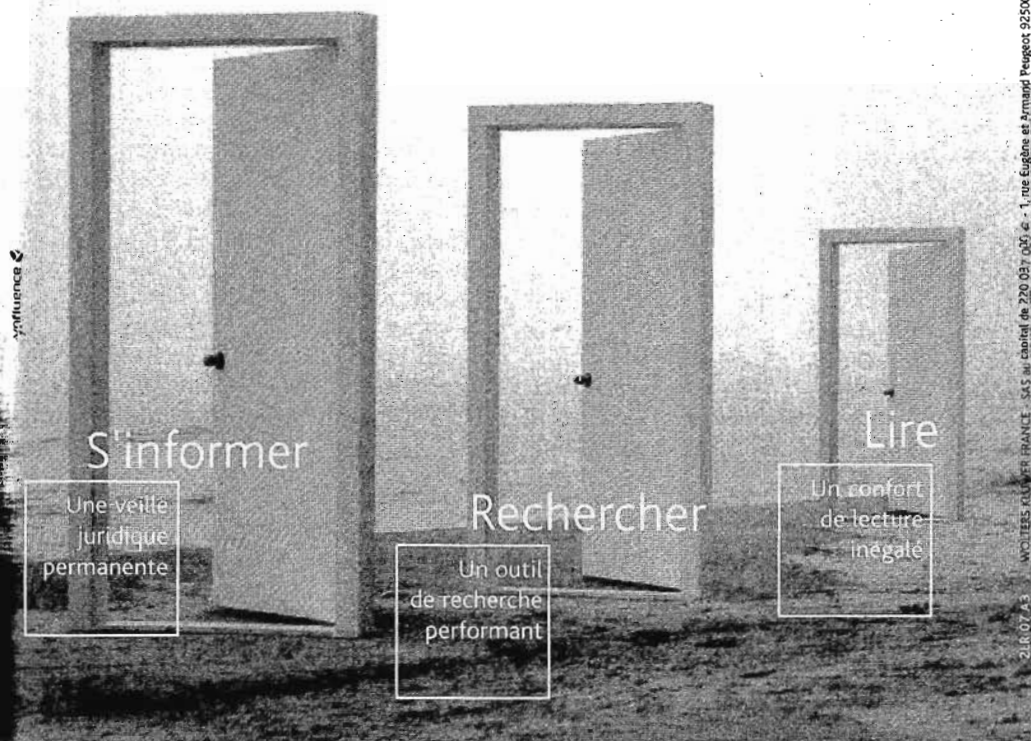
requérants tels que les membres des conseils des collectivités, les contribuables locaux, les usagers des services concédés. Une telle ouverture marquerait une nouvelle fois le caractère précurseur du droit européen des marchés publics qui s'est déjà illustré par la réforme complète des procédures d'urgence par la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 qui a suivi l'introduction en droit français du référé précontractuel par la loi n° 92-10 du 4 janvier 1992.

S'agissant en revanche des recours susceptibles d'être traités par la voie du référé contractuel, il serait conséquent que la voie du recours « *Tropic* » soit alors fermée, comme a été fermée aux requérants susceptibles d'utiliser le recours « *Tropic* » la voie du recours contre l'acte détachable.

Très pratiquement enfin, il est à noter que les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices devront indiquer la possibilité pour les entreprises d'intenter un recours en référé contractuel parmi les « *voies et délais recours* » qui doivent être indiqués dans les avis d'appel public à la concurrence, sous peine de nullité de la procédure (CE, 8 févr. 2008, n° 303748, Cne de Toulouse, AJDA 2008, p. 281 et p. 1106, note Richer L. et Crochenoze E.). ♦



Du droit... à la performance !



S'informer

Une veille juridique permanente

Rechercher

Un outil de recherche performant

Lire

Un confort de lecture inégalé

WOLTERS KLUWER FRANCE - SAS au capital de 220 037 085 € - 1, rue Eugène et Armand, Peugeot, 92500 Neuilly-Malmaison - RCS Nanterre 480 081 906

2LR propose aux professionnels du droit une solution en ligne inédite dédiée à la connaissance, à la recherche de solutions juridiques et à l'exploitation de l'information au cœur de leur activité et de la gestion de leurs dossiers.

Calqué sur le raisonnement juridique, 2LR répond à toutes vos exigences : vous tenir informé, ne passer à côté de rien, rassembler facilement toute la documentation utile, les textes, les décisions de justice, la doctrine, les modèles d'actes et de contrats, trouver des solutions parfaitement sécurisées, exploiter directement les résultats de vos recherches dans vos missions chaque jour, et éditer des documents opérationnels irréprochables. Quel que soit le domaine du droit.

www.2lreflex.fr

► N° Indigo 0 825 08 08 00
0,16 € TTC / MN

 **Lamy**
une marque Wolters Kluwer