

AJDA 2009 p. 1145

L'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des contrats de commande publique

Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique (JO 8 mai 2009, p. 7796).

Jean-David Dreyfus, Professeur de droit public à l'université de Reims-Champagne-Ardennes

L'essentiel

L'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique a comme objet de transposer la directive Recours. Ce faisant, elle corrige les lacunes du référé précontractuel que la pratique avait mises en évidence et elle institue le référé contractuel, assorti de pénalités financières. Les dispositions introduites par cette ordonnance s'appliqueront aux contrats pour lesquels une consultation est engagée à partir du 1er décembre 2009.

Au nom de l'efficacité des procédures de recours, l'immixtion du juge dans la passation des contrats de commande publique, non seulement dans la phase précontractuelle, mais aussi dans la phase immédiatement postérieure à la conclusion du contrat, devient de plus en plus prégnante. On voit ainsi émerger une « période suspecte » au cours de laquelle les pouvoirs publics ont fait le choix, pour préserver l'effet utile des obligations de publicité et de mise en concurrence qui leur sont imposées, de développer les procédures judiciaires d'urgence.

Un recours du troisième type avait déjà été institué par la loi du 4 janvier 1992 de transposition des directives Recours (directives 89/665/CEE pour les marchés publics classiques et 92/13/CEE pour les marchés publics spéciaux) pour prévenir les infractions aux règles de publicité et de mise en concurrence des marchés relevant du droit communautaire devant un juge unique statuant en premier et dernier ressort, en la forme des référés (soit devant le président du tribunal administratif, soit devant le président du tribunal de grande instance ou du tribunal de commerce).

Un certain nombre de faiblesses dans les mécanismes de recours existant dans les Etats membres ayant été relevées, la législation européenne sur les possibilités de recours précontractuels offertes aux entreprises lésées lors de la passation d'un marché a été modifiée par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007, avec deux objectifs principaux : préserver les possibilités de recours des candidats à l'obtention d'un marché public, en prévoyant de suspendre en temps utile la signature dudit marché ; proposer des mesures permettant de lutter contre la passation illégale de marchés de gré à gré (*direct award*), les marchés conclus en dehors des règles proposées étant considérés comme « sans effet ».









Le gouvernement avait reçu habilitation par la loi du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat de procéder par ordonnance pour transposer cette directive avant le 29 juillet 2009. C'est chose faite avec l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, objet du présent commentaire.

La référence aux contrats de la commande publique mérite d'attirer l'attention, car elle est en décalage avec l'intitulé de la directive qui porte sur les marchés publics. Elle ne surprendra pourtant pas vraiment, car la catégorie des marchés publics communautaires englobe une

palette de formules contractuelles beaucoup plus large que les marchés publics au sens du droit interne, par exemple les contrats de partenariats publics-privés (ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004 modifiée relative aux contrats de partenariat modifiée par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008) ou les AOT-LOA issus de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 modifiée d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure. Il est tout à fait significatif en revanche que les délégations de service public y trouvent place car elles s'apparentent à l'achat d'une prestation de gestion d'un service public (le référé précontractuel leur a été étendu en 1995).

Pour en revenir au contenu de l'ordonnance, celle-ci corrige, d'abord, les lacunes du référé précontractuel que la pratique avait mises en évidence ; elle met ensuite en place un nouveau recours - le référé contractuel - assorti de pénalités financières.

Un référé précontractuel rénové

Depuis 1992, le référé précontractuel a fait preuve de son utilité. Visant à prévenir la signature d'un contrat illégalement formé en raison de la méconnaissance d'obligations de publicité et de mise en concurrence préalable, il s'est avéré un outil efficace, « Dès lors que le juge est régulièrement saisi, il dispose de l'intégralité des pouvoirs qui lui sont conférés » par l'article L. 551-1 du code de justice administrative (CJA). Le juge peut ainsi annuler une procédure de passation d'un marché ou d'une délégation de service public, même si le requérant sollicitait seulement sa suspension (CE 20 oct. 2006, *Commune d'Andeville*, Lebon 434  ; AJDA 2006. 2340, concl. D. Casas  ; AJDA 2007. 782, étude F. Dieu  ; CE 6 avr. 2007, *Département de l'Isère*, Lebon 765  ; AJDA 2007. 832 ). Mais là résident précisément aussi ses limites : à compter de la signature, ce recours n'a plus lieu d'être ; le juge n'a plus à statuer puisqu'il ne peut plus empêcher la conclusion du contrat (CE 3 nov. 1995, *Chambre de commerce et d'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées*, Lebon 394, concl. C. Chantepy  ; AJDA 1995. 945  ; D. 1996. 321 , obs. P. Terneyre).

Dès 2006, la Commission européenne a entrepris une réforme de la législation en vigueur. Partant de l'idée que les soumissionnaires préfèrent obtenir un marché plutôt que des réparations financières, elle a souhaité mettre fin à la pratique de « la course à la signature » des contrats, qui a pour effet d'empêcher toute remise en cause des procédures engagées une fois le contrat signé et de limiter les sanctions encourues à de simples dommages et intérêts.

Pour ce faire, la directive 2007/66/CE instaure un délai de suspension (*standstill*) de dix jours calendaires entre la décision d'attribution du marché à un des soumissionnaires et la signature du contrat, afin de laisser le temps nécessaire aux candidats s'estimant lésés d'intenter un recours.

Ce délai n'est toutefois destiné à s'appliquer ni en cas d'urgence impérieuse au sens des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, ni aux marchés explicitement exclus par ces mêmes directives. Dans les procédures restreintes et négociées avec publication d'un avis de marché, lorsque l'urgence rend impraticables les délais minimaux, ce délai est réduit à sept jours.



Cette mesure de *standstill* existait déjà dans plusieurs Etats membres de l'Union. L'Allemagne, l'Autriche et les Pays-Bas disposent d'un délai suspensif de 14/15 jours dans leur législation nationale, la France et le Royaume-Uni ayant adopté la durée de dix jours.

On relèvera une nouveauté exprimée à l'article L. 551-4 du code de justice administrative : le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle. La suspension sera désormais automatique et ne dépendra plus du bon vouloir du juge.

Pour le reste, l'ordonnance innove peu si ce n'est en définissant les contrats concernés. Il s'agit, pour les litiges portés devant le juge administratif, des contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public (art. L. 551-1 CJA) ; pour les litiges portés devant le juge

judiciaire, des contrats de droit privé 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 (art. 2 de l'ordonnance du 7 mai 2009).


Elle interdit aussi au juge de statuer avant qu'un délai minimum - dont elle ne précise pas la durée, renvoyant à un texte réglementaire - ne se soit écoulé. Le juge, comme auparavant, peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations (art. L. 551-2). L'article L. 551-12 précise que les mesures prévues à l'article L. 551-2 peuvent être prononcées d'office par le juge qui doit en informer préalablement les parties et les inviter à présenter leurs observations.

On sait que, suite à la décision du Conseil d'Etat, *Smirgeomes*, du 3 octobre 2008, pour être habilitée à agir en référé précontractuel, une entreprise doit invoquer une irrégularité susceptible de l'avoir lésée ou qui risque de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente (à paraître au Lebon ; AJDA 2008. 2161, chron. E. Geffray et S.-J. Liéber ). L'ordonnance du 7 mai 2009 ne remet pas en cause cette limitation de l'accès au prétoire. Son principal apport réside dans la création, dans la continuité du référé précontractuel, d'une nouvelle procédure d'urgence.

L'institution du référé contractuel

La tâche des pouvoirs publics était difficile : il fallait à la fois mettre en place une procédure efficace, donc puissante, et garantir la sécurité juridique.

Le nouveau dispositif devait permettre au juge d'intervenir avec une efficacité comparable une fois le contrat signé, la signature du contrat ne faisant plus obstacle à ce que soient immédiatement sanctionnées les atteintes les plus graves aux obligations de transparence et de mise en concurrence. A cette fin, le juge est doté de pouvoirs nouveaux : prononcer l'annulation ou la résiliation du contrat, en réduire la durée ou infliger des pénalités financières.

Les personnes habilitées à agir sont les mêmes que celles auxquelles est ouvert le référé précontractuel, c'est-à-dire celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et 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'Etat dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local. Comme le relevait Stéphane Braconnier (Accès des tiers au juge du contrat : excès de prudence..., AJDA 2007. 1497 ), dans le contentieux administratif, émerge un groupe de requérants « surprotégés », les concurrents évincés, dotés à la fois du référé précontractuel avant la signature du contrat, d'un recours devant le juge du contrat, accompagné, le cas échéant, d'une demande tendant à sa suspension et désormais du référé contractuel. Les autres tiers, même s'ils ont un intérêt patrimonial à obtenir l'annulation du contrat, doivent, pour leur part, se contenter du recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables.

Toutefois, cette nouvelle procédure n'est pas ouverte au demandeur ayant fait usage du référé précontractuel dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue (art. L. 551-14 CJA).







Par ailleurs, ce recours ne peut être exercé ni à l'égard des contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a, avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication, ni à l'égard des contrats soumis à publicité préalable auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision

d'attribution aux candidats non retenus, lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a accompli la même formalité.

Surtout, le référé contractuel est cantonné en premier lieu dans le temps, en second lieu quant au type de sanction pouvant être prononcée par le juge.

Un référé limité dans le temps

Le facteur temps joue un rôle essentiel lorsque l'on traite des procédures d'urgence, ce d'autant plus que les enjeux économiques liés aux contrats passés par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices sont parfois considérables. L'incertitude quant à la validité de l'acte conclu ne gagne rien à durer trop longtemps.

Le Conseil d'Etat en est d'ailleurs bien conscient lui qui, avec l'arrêt du 16 juillet 2007, *Société Tropic travaux signalisation* (AJDA 2007. 1577, chron. F. Lenica et J. Boucher  ; RFDA 2007. 696, concl. D. Casas  ; 917, étude F. Moderne  ; 923, note D. Pouyaud  ; 935, étude M. Canedo-Paris  ; D. 2007. 2500, note D. Capitant ), a créé un nouveau recours au fond au bénéfice des concurrents évincés qui 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. Le juge dispose de larges pouvoirs lui permettant, lorsqu'il constatera l'existence de vices entachant le contrat, d'en tirer les conséquences en prenant en compte l'ensemble des intérêts en présence : il pourra ainsi décider la résiliation du contrat pour l'avenir, ou la modification de certaines de ses clauses, ou la poursuite de son exécution sous réserve de mesures de régularisation, ou encore se borner à accorder des indemnités au demandeur. Ce n'est que si les vices constatés le justifient, et après avoir vérifié si cette annulation ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, qu'il pourra décider d'annuler totalement ou partiellement, le cas échéant avec effet différé, ce contrat.

Par ailleurs, une requête contestant la validité d'un contrat peut être accompagnée d'une demande tendant, sur le fondement de l'article L. 521-1 du CJA, à la suspension de son exécution. Le Conseil d'Etat refuse toutefois la présomption d'urgence au référé-suspension accessoire au recours *Tropic travaux*. Le Conseil, saisi d'un pourvoi contre une ordonnance du tribunal administratif de Toulouse, n'admet ainsi pas la requête aux motifs que le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit en exigeant du requérant qu'il fasse état de l'incidence de son éviction sur son activité (CE 22 févr. 2008, *Société Cofathec Coriance*).

Cette difficulté à obtenir la suspension renforce, à l'évidence, l'intérêt du référé qui vient d'être institué. Le délai de recours sera d'un mois s'il y a eu publicité du marché et six mois si elle n'a pas été faite afin d'inciter les personnes publiques à publier, même quand elles ne sont pas tenues de le faire, pour restreindre le délai de recours.

Une sanction proportionnée à l'irrégularité

Le juge est doté de pouvoirs nouveaux : prononcer l'annulation ou la résiliation du contrat, en réduire la durée ou infliger des pénalités financières (même d'office après en avoir préalablement informé les parties et les avoir invitées à présenter leurs observations). Le projet de la Commission européenne prévoyait que les marchés conclus en dehors des règles proposées étaient considérés comme « sans effet ». Comme cette notion revêt un sens différent dans les multiples versions linguistiques, le Parlement européen avait demandé des précisions afin de définir si « l'absence d'effet » signifiait la nullité (avec ou non effet rétroactif) ou le caractère non exécutoire du contrat.



L'ordonnance détaille la palette de sanctions applicables en fonction de la gravité de l'irrégularité commise. Si aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsqu'a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne, le juge doit prononcer la nullité du contrat (art. L. 551-18 nouveau CJA et art. 16 de l'ordonnance - on notera avec intérêt la différence de formulation adoptée dans l'ordonnance selon que l'on se trouve devant le juge administratif ou judiciaire, l'article 16 alinéa 1er énonçant : « Est nul

tout contrat conclu... »). Sa marge d'appréciation est réduite au maximum.

La même annulation est prononcée lorsqu'ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou lorsque le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer un référé précontractuel et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat.

Dans ce dernier cas de figure, le juge peut sanctionner le manquement soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général. On peut toutefois se demander si la réduction de la durée du contrat ne risque pas de modifier, voire bouleverser l'économie du contrat initial, rendant son maintien aléatoire.

Si le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension, le juge peut prononcer la nullité du contrat, le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière.

Ce pouvoir de prononcer des sanctions financières est une des principales originalités liées au référé contractuel. Il n'existe par exemple pas dans le cadre de la jurisprudence *Tropic travaux*. La directive 2007/66/CE imposait que la sanction financière fût conséquente. Le montant de l'amende devra, aux termes de l'ordonnance du 7 mai 2009, correspondre à un pourcentage du montant du marché qui ne pourra excéder 20 % du montant hors taxes du contrat. L'ordonnance laisse une certaine marge d'appréciation au juge, sachant le montant des pénalités financières est soumis au principe de proportionnalité (v., en ce sens, CE 29 déc. 2008, *OPHLM de Puteaux*, à paraître au Lebon ; AJDA 2009. 268, note J.-D. Dreyfus ).

Ces pénalités rappellent les sanctions pécuniaires que l'Autorité de la concurrence peut infliger en cas d'inexécution des injonctions qu'elle a prononcées ou de non-respect des engagements qu'elle a acceptés (art. L. 464-2 C. com.), elles aussi proportionnées à la gravité des faits.

En résumé, à compter du 1er décembre 2009, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance, les procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique seront facilitées. Pour autant, peut-on vraiment dire que la sécurité juridique en sortira renforcée ? Oui, si on considère que la nullité sera automatiquement encourue dans certaines hypothèses ; c'est moins sûr si on prend en compte la marge de manoeuvre laissée au juge pour apprécier la sanction la mieux adaptée lorsqu'il n'y a pas de nullité « automatique ».

Mots clés :

MARCHE PUBLIC * Formation * Recours * Référé
DROIT COMMUNAUTAIRE * Transposition * Directive recours
PROCEDURE CONTENTIEUSE * Règle générale de procédure * Qualité pour agir * Contrat * Tiers * Référé contractuel