

Paris, Palais Bourbon  
jeudi 27 janvier 2011

# COMMANDE PUBLIQUE

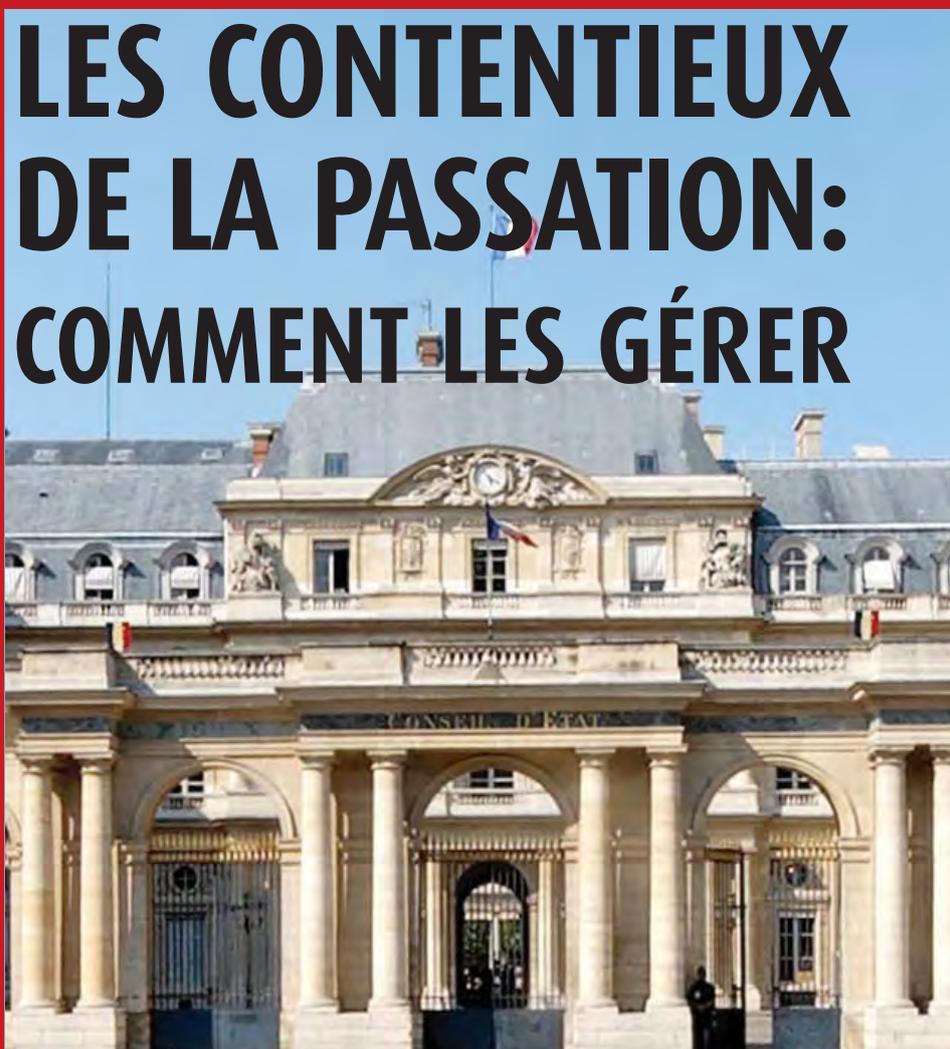
## LES CONTENTIEUX DE LA PASSATION: COMMENT LES GÉRER



15<sup>e</sup> colloque  
organisé par

L'ASSOCIATION FRANÇAISE  
DES AVOCATS CONSEILS  
AUPRÈS DES COLLECTIVITÉS  
TERRITORIALES

# Actes du colloque



# ACTES DU 15<sup>e</sup> COLLOQUE DE L'AFAC

Paris 27 janvier 2011

## COMMANDE PUBLIQUE – LES CONTENTIEUX DE LA PASSATION : COMMENT LES GERER

### Sommaire

Bienvenue par Cyrille BARDON.....	1
Ouverture des travaux par Pierre RICARD.....	3
<b>1<sup>re</sup> PARTIE</b>	
<b>Les juges des contentieux de la passation : panorama stratégique</b>	
Les recours autour de la signature par Nicolas BOULOUIS .....	5
Le bouleversement de l'architecture contentieuse par Mathieu SEYFRITZ .....	15
<b>2<sup>e</sup> PARTIE</b>	
<b>Éléments contentieux opérationnels</b>	
Les contraintes du théâtre des opérations : les éléments objectifs du choix du recours par Jean-David DREYFUS .....	24
L'efficacité des recours : analyse comparée des offices des juges par Victor HAÏM.....	27
<b>Table-ronde débat</b>	
Le contentieux de la passation des contrats de la commande publique, une architecture trop complexe ? avec David GASCHIGNARD et Nicolas RAÏSKY .....	36
<b>3<sup>e</sup> PARTIE</b>	
<b>Aspects tactiques des procédures</b>	
Déroulement des procédures juridictionnelles : le rôle des juges par Didier SEBAN.....	44
Concurrence des requérants, des procédures et des décisions par Frédéric ROLIN .....	57
L'enjeu financier : les contentieux indemnitaires par Grégory MARCHESANI .....	62
<b>Table-ronde débat</b>	
Quelle gestion des recours par les personnes publiques ? En défense : prévention et gestion des conflits avec Laurent SERY et Alain BENARD.....	74
<b>Clôture des travaux</b>	
Quelles perspectives pour le contentieux de la passation des contrats de la commande publique par Catherine BERGEAL.....	78
Le contrôle des juridictions financières sur la passation des marchés publics par Louis RENOARD .....	86
<b>Rapport de synthèse</b>	
par Cyrille BARDON et Jean CAPIAUX .....	98

## BIENVENUE

### **Cyrille BARDON**

**Président de l'AFAC, avocat au barreau de Paris**

L'Association française des avocats conseils auprès des collectivités territoriales (AFAC) existe depuis 20 ans. Cette association est constituée d'un réseau d'avocats qui dédient leur activité aux collectivités territoriales. Ces avocats se rencontrent fréquemment pour se former et améliorer les services apportés à leurs clients.

L'AFAC organise aujourd'hui son 15<sup>e</sup> colloque. Lors de sa préparation nous étions au lendemain de l'ordonnance du 7 décembre 2009, mais nous ne nous doutions pas que nous serions au cœur de l'actualité juridique. De multiples réponses seront apportées aujourd'hui, toutefois beaucoup de questions resteront encore en suspens après cette journée d'études. Parmi les nombreux colloques auxquels j'ai apporté ma contribution celui-ci est certainement l'un des plus excitants avec une matière qui évolue en permanence.

Parmi l'équipe dynamique, qui forme le noyau dur de l'AFAC, je pense particulièrement à Pierre Devarenne, ancien président, qui est exceptionnellement absent aujourd'hui. Je citerai bien sûr, mon prédécesseur direct, Jean Capiaux, Philippe Campollo qui vient de Nice, David Gaschignard et bien d'autres encore que je ne peux nommer ici. Nos colloques ne sont pas des cours magistraux. Comme à chaque fois, nous faisons le pari de faire se rencontrer les avocats que nous sommes, avec les magistrats et les praticiens que vous êtes. Nous avons prévu un emploi du temps assez large pour que les tables rondes prévues en fin de matinée et de journée permettent à tous de poser des questions à l'ensemble des intervenants. Du côté des magistrats nous aurons le président Victor Haïm. Ceux qui n'ont pas eu le redoutable honneur de le croiser à Melun, l'ont tous lu. A cause d'une rentrée plus hâtive que d'habitude, Rémy Schwartz, ne peut participer à nos travaux et a demandé à Nicolas Boulouis, maître des requêtes de le remplacer, ce n'est pas lui faire injure de dire que ce changement est pour nous une véritable chance. Les praticiens assemblés ici sont tous des professionnels soit des services marchés publics soit des services juridiques, nous entendrons notamment Nicolas Raïsky, responsable du service des marchés publics du Conseil régional des Pays de la Loire et Alain Benard, vice-président de l'Association des Acheteurs des Collectivités Territoriales, directeur de la commande publique de la ville de Meaux. Les avocats présents traitent quotidiennement ces sujets et par ordre d'intervention nous pourrons écouter, Mathieu Seyfritz, Jean-David Dreyfus, Didier Seban, Frédéric Rolin, Grégory Marchesini, Laurent Sery. Gérard Terrien, qui accompagnait régulièrement nos colloques, a été nommé au 1<sup>er</sup> janvier, secrétaire général de la Cour des comptes, et requis aujourd'hui par ses nouvelles fonctions, nous a proposé la participation de Louis Renouard, qui en tant que magistrat dans les chambres régionales des comptes vérifiait les marchés publics au cours des contrôles de gestion.

Habituellement nous organisons nos colloques au Sénat, « la maison des collectivités », pour des problèmes de calendrier, il n'y avait plus de salle d'une capacité suffisante pour nous recevoir au Sénat. Je tiens à remercier le benjamin de l'Assemblée nationale, Franck Riester qui nous a réservé cette salle, et le président de groupe Copé, toujours attentif à la sécurité juridique des collectivités locales.

Je remercie aussi Jean-Marie Binot qui avec [achatpublic.info](http://achatpublic.info) nous a accompagné durant la préparation de ce colloque et aussi aujourd'hui.

Dans le thème de cette journée, le programme décline les termes de contentieux, de combat, de stratégie, de tactique opérationnelle, il semble rédigé par Clausewitz, la métaphore guerrière est assez évidente. Les armes n'ont jamais été égales, de l'ère « pré-Smirgeomes » dans lequel le Code des marchés publics et le Code juridique administratif étaient deux armes de destruction massive qui faisaient sauter toutes vos procédures. Cette inégalité des armes, par un mouvement de balancier, porte-t-elle maintenant préjudice au candidat ? Cette journée nous permettra d'étudier si le champ de bataille se déplace du juge des référés vers d'autres juges.

## OUVERTURE DE TRAVAUX

**Pierre RICARD**

Directeur du colloque  
Avocat aux Conseils

Le succès de ce colloque vient d'abord de votre présence et aussi de son intérêt intellectuel. Le contentieux de la commande publique a connu de considérables évolutions au cours de ces dernières années. Les revues généralistes ou spécialisées produisent une masse d'informations et témoignent du renouveau de la matière.

La définition de la commande publique issue de l'ordonnance du 7 mai 2009, ce sont : « Les contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou de prestations de service avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation ou la délégation d'un service public. »

Dans le cadre de nos travaux sera présumé le caractère administratif de ces contrats, nous ne traiterons donc pas des contrats de droit privé de l'administration. Le problème de la répartition contentieuse entre le juge administratif et le juge judiciaire sera considéré résolu au bénéfice du juge administratif.

### **Notion de commande publique**

Les principes fondamentaux appliqués à la commande publique sont assez récents. Ils proviennent d'une initiative des juges communautaires (arrêt Telaustria CJCE 7/12/2000). Et aussi du juge constitutionnel en 2003 qui indiquait à propos d'une loi d'autorisation { les dispositifs relatifs à la commande publique devront respecter les principes qui découlent des articles 6 et 14 de la déclaration de 1789, rappelés à l'article premier du Nouveau Code des marchés publics selon lesquels : « les marchés publics respectent les principes de libre accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. »} Ces trois notions fondamentales seront la base de nos travaux. Le Conseil constitutionnel ajoute dans une sorte de credo : « L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurés par la définition préalable des besoins., ensuite par le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence, ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Ces notions nous paraissent aujourd'hui évidentes, alors qu'en 1984 le Conseil d'Etat (arrêt chambre syndicale des agents d'assurance de Hautes Pyrénées) disait qu'« aucun principe général du droit oblige les collectivités publiques à faire appel à la concurrence lors de la passation de leurs contrats. » Bien évidemment le Conseil d'Etat a évolué depuis. L'arrêt *Agence nationale pour l'emploi* du 30/01/2009 affirme que tous les marchés publics sont désormais soumis aux principes de : « libre accès à la commande publique d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. »

L'émergence de ces principes entraîne nécessairement matière à litige, contentieux, opposition. Ce phénomène est aussi relativement nouveau. Les entreprises n'avaient pas l'habitude de contester les refus d'attribution ou de marchés, cette pratique devient maintenant courante, pas forcément de manière systématique mais sans complexe.

## **Les contentieux de la passation**

Nous avons choisi les contentieux de la passation. Le pluriel est signe d'une diversité des sujets à traiter. L'exécution des contrats ne sera pas traité aujourd'hui, ce pourrait-être l'objet d'un prochain colloque.

La diversité vient déjà des quatre juges compétents pour traiter des contentieux de cette passation.

- Le juge du contrats compétent pour statuer sur les recours en déclaration de nullité ou de contestation de validité de l'acte. La différence entre ces deux termes de déclaration ou de contestation vous sera expliquée tout à l'heure.
- Le juge de l'excès de pouvoir, juge traditionnel dans le contentieux administratif ; juge de l'acte qui se prononcera sur les actes détachables. Si l'annulation de l'acte détachable est intervenu le juge de l'exécution pourra aboutir au juge de la saisine du contrat qui aura peut-être le même résultat.
- Le juge des référés précontractuels qui intervient avant la signature du contrat.
- Le juge des référés contractuels qui intervient dès que le contrat est signé.

Comment ces juges sont-ils saisi ? par qui ? de quels moyens ? quels sont leurs pouvoirs ? Quelle est l'autorité de leur décision ?

Pour répondre à ces questions nous avons choisi des personnes compétentes et spécialistes : professeurs, magistrats, avocats. Je les remercie de nous faire part de leurs appréciations critiques sur ce système et de répondre à vos questions.

## 1<sup>RE</sup> PARTIE

### **Les juges des contentieux de la passation : panorama stratégique**

#### *«Les recours autour de la signature »*

**Nicolas BOULOUIS**

Maître des requêtes au Conseil d'Etat

Je suis très honoré de faire l'ouverture. Et très heureux : c'est plus facile que de faire la fermeture...

A titre d'introduction, je dirai simplement que nous sommes aujourd'hui, s'agissant des contentieux de la commande publique, dans une dynamique, une dialectique même entre les différentes sources de droit.

Différents facteurs ont conjugué leurs effets pour enclencher cette dynamique :

- je mets en premier le regard porté par le juge administratif français sur lui-même, son office et son image qui l'a conduit à ouvrir les portes, à devenir de plus en plus pleinement juge et souvent administrateur, ne se contentant plus de la gomme mais maniant de plus en plus le crayon pour paraphraser un grand juriste français, Georges Vedel<sup>1</sup>. La matière contractuelle n'est qu'un des domaines mais un domaine important pour lequel le juge a revêtu des habits neufs ;

- a également contribué à ces évolutions un renouveau de la gestion publique et une meilleure image de ce droit chez les professionnels ;

- incontestablement un aiguillon communautaire a joué pour la rénovation du droit des contrats et par suite pour la manière dont le juge administratif français l'a appréhendé, interprété et précisé.

Ces évolutions ne sont pas terminées, loin de là, car elles s'auto entretiennent. Du foisonnement récent sont en effet nées des interrogations sur la cohérence du système de contrôle juridictionnel, à tout le moins sur ce qui peut être qualifié, selon l'humeur, de richesse ou de complexité. Le passage de cette profusion de juges du contentieux contractuel au sens large à une famille plus ordonnée fait certainement partie des perspectives qui s'offrent au juge ou au législateur, en fait à l'un et à l'autre, dans les prochaines années.

Il me revient de vous parler de deux juges : celui des actes détachables, celui du référé précontractuel, autrement dit d'un vieillard et d'un jeune homme.

---

<sup>1</sup> v. B. Genevois, Un universitaire au Conseil constitutionnel : le doyen Georges Vedel, RFDA 2004, p. 215

Avant d'évoquer successivement l'un et l'autre, quelques remarques d'ensemble.

Ces deux juges correspondent aujourd'hui à deux figures de requérants assez différents, du moins sur le papier, même s'il faut sans doute se garder de tout angélisme. D'un côté le contribuable, l'usager, l'élu local opposant politique, bref toute personne qui, parce que le contrat en cause est un contrat passé par l'administration et non un contrat « lambda » pourra se voir reconnaître un intérêt à agir. De l'autre l'opérateur économique qui a participé en vain ou aurait pu participer à la compétition pour l'obtention d'un contrat dit de la commande publique, qualifié de « concurrent évincé ». A ce stade, et pour ne pas trop compliquer la description du paysage, j'exclus d'une part en tant que telle la figure du représentant de l'Etat, que l'on retrouve toutefois comme potentiel requérant devant les deux juges parce que potentiel défendeur de tous les intérêts, d'autre part le contentieux du recrutement des agents, qui n'est pas dans notre sujet. J'ajoute que le recours contre les actes détachables est en principe également ouvert aux parties<sup>2</sup>

Quelles que soient les évolutions à venir, et quels que soient les défauts du système actuel – si système il y a – ces deux figures de requérants existeront toujours, et l'on devra donc toujours trouver une traduction procédurale et contentieuse de leurs différences d'intérêts et d'objectifs.

Pendant longtemps cette différence n'a tenu qu'à l'appréciation de l'intérêt à agir devant le juge de l'excès de pouvoir, car les uns et les autres ne disposaient que du seul REP, si l'on met de côté la possibilité qu'avaient et qu'ont d'ailleurs toujours les concurrents évincés d'obtenir réparation du préjudice résultant de leur éviction illégale, dans un contentieux de responsabilité quasi-délictuelle. Aujourd'hui, on va le voir, le concurrent évincé dispose de plusieurs juges qui lui sont propres – le juge dit *Tropic*<sup>3</sup>, le juge du référé précontractuel (JRPC) et le juge du référé contractuel (JRC)<sup>4</sup> – et s'est vu en contrepartie fermer l'accès au juge de l'acte détachable par l'arrêt *Tropic*.

L'évolution historique – sous l'influence communautaire essentiellement – a donc consisté à isoler une catégorie de requérants pour plusieurs catégories de contrats et à donner des juges ad hoc à ces requérants,

---

<sup>2</sup> Jurisprudence très ancienne comprenant entre autres Sect., 5 déc. 1958, secr. d'Etat à l'Agriculture c/Union des pêcheurs à la ligne et au lancer de Grenoble, Rec. CE, p. 620

<sup>3</sup> CE Ass 16 juillet 2007 Sté Tropic Travaux signalisation

<sup>4</sup> Voir articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative

soit pour contester la procédure de passation, soit plus récemment pour contester le contrat lui-même.

Une des questions qui se posent au juge aujourd'hui est donc de savoir si le sens de cette évolution, son achèvement, n'est pas la fermeture totale de la voie du recours pour excès de pouvoir contre l'acte détachable, au profit d'une autre forme de contestation, d'un autre recours curatif.

Mais j'anticipe sur le futur....

1. Le vieillard n'est pas mort ; il est même plutôt vert, pour un centenaire déjà ancien.

C'est une avancée très ancienne –on l'attribue à l'arrêt « Martin » du Conseil d'Etat de 1905<sup>5</sup>, attribution controversée- que celle qui a ouvert à des tiers la possibilité de contester devant le juge administratif ces actes dits détachables, comme par exemple la décision d'une autorité publique de passer un contrat, le CE l'ayant ouverte aux parties peu de temps auparavant, par préférence (11 décembre 1903, Commune de Gorre, p. 770, pour un contrat de droit privé) à un système compliqué de question préjudicielle du juge du contrat au juge de l'excès de pouvoir.

Auparavant, le juge considérait que tous les actes liés au contrat ne pouvaient être déférés qu'au juge du contrat, ou à tout le moins que dès que le contrat était signé, tous les actes préalables s'incorporaient au contrat.

Sur cette base s'est développée une jurisprudence très fournie sur ces actes détachables. On ne va pas la présenter en détail pour se contenter de citer quelques actes détachables, après avoir dit que la détachabilité s'arrête en principe là où commence l'exécution du contrat. Certains actes sont matériellement détachables comme la décision adoptant le principe du recours au contrat (arrêt Martin) ou la décision d'attribuer le contrat<sup>6</sup> ou celle qui l'approuve<sup>7</sup>. D'autres – et c'est plus audacieux – le sont juridiquement. Le juge reconnaît ainsi l'existence d'une décision unilatérale, qui n'est pas matérialisée, comme celle de signer le contrat<sup>8</sup>.

Cette jurisprudence est vivante. Ainsi un très récent arrêt du 24 novembre 2010<sup>9</sup> juge plus clairement que par le passé que la délibération par

---

<sup>5</sup> 4 août 1905

<sup>6</sup> Sect., 5 déc. 1958, secr. d'État à l'Agriculture c/Union des pêcheurs à la ligne et au lancer de Grenoble, Rec. CE, p. 620

<sup>7</sup> 29 déc. 1905, Petit, S. 1906.3.49

<sup>8</sup> 9 nov. 1934, chambre de commerce de Tamatave, Rec. CE, p. 1034

<sup>9</sup> Fare Sud n° 318342

laquelle une collectivité prend la « décision de principe » de recours à une DSP en application de l'article L.1411-4 du CGCT est une décision susceptible de recours direct, détachable du processus contractuel. Jugée pour les DSP, cette position est transposable pour les CP (L1414-2 CGCT). Elle est inspirée par deux considérations : permettre la contestation d'une décision lourde de conséquence non au travers, par exemple, du recours contre l'acte détachable d'attribution du contrat, mais de manière directe et, ce faisant permettre à la procédure qui suit la décision de principe de partir sur des bases saines, à tout le moins ouvrir rapidement une fenêtre qui le permette.

L'intérêt du contentieux des actes détachables est de permettre à des tiers de contester le contrat lui-même, de manière indirecte. D'une part, le REP est en effet ouvert aux tiers intéressés, c'est-à-dire par exemple à l'utilisateur du service public si le contrat a pour objet l'exécution de ce service, ou au contribuable local si le contrat a une incidence sur les finances de la collectivité ou encore aux membres de l'organe délibérant. D'autre part, le requérant peut invoquer tous types de moyens, tant ceux qui visent l'acte détachable que ceux qui visent le contrat dont l'illégalité est susceptible de rejaillir sur l'acte détachable, regardé comme s'appropriant l'illégalité des stipulations contractuelles, comme celle tenant à la durée du marché ou aux clauses financières du contrat<sup>10</sup>. Par ce recours, le juge est donc mis à même de contrôler la légalité du contrat à condition que l'acte détachable soit en rapport suffisamment étroit au moment où il a été pris pour que des moyens tirés de l'illégalité du contrat soient opérants.

Et l'acte détachable sera annulé totalement ou « en tant que » selon, si son illégalité est celle du contrat lui-même ou de certaines de ses clauses, qu'il y a ou non indivisibilité de ces clauses<sup>11</sup>.

Si la théorie de l'acte détachable a historiquement constitué un progrès, elle présentait néanmoins des faiblesses, auxquelles on a voulu porter remède, remède dont le sens et la pertinence font aujourd'hui débat.

L'annulation de l'acte détachable n'emporte pas, en effet, on le sait *ipso jure* l'annulation ou la nullité du contrat alors même que cet acte était indispensable à sa conclusion. Le caractère platonique de l'annulation de l'acte détachable, que Romieu évoque dans ses conclusions sur l'arrêt *Martin*, n'est pas sans logique – on ne peut en effet être à la fois détachable du contrat au moment du recours et rattaché au contrat au moment de la décision du juge –

---

<sup>10</sup> sect., 6 déc. 1995, Dpt Aveyron : Rec. CE 1995, p. 428 ou CE, ass., 9 oct. 1996, Wajs et Monnier

<sup>11</sup> Assemblée, 17 décembre 1993, Groupement national des établissements de gérontologie, p 370 ; voir également Section, 20 janvier 1978, SNETAP, p 22 ; a contrario 29 avril 1981, Ets Fine frères, p. 201.

mais il est frustrant pour le requérant et malgré tout insatisfaisant pour le défenseur de la légalité, fût-elle contractuelle, même si l'annulation « *éclaire l'opinion publique et [prévient] le retour des pratiques condamnées* ».

En 1994<sup>12</sup>, en permettant au juge de l'excès de pouvoir, saisi de conclusions en ce sens, d'enjoindre aux parties<sup>13</sup>, en cas d'annulation de l'acte, de résoudre elle-même le contrat ou de saisir le juge de ce contrat afin qu'il en constate la nullité, on tente de remédier au problème.

Susceptible d'être assortie d'une astreinte financière, cette injonction donne une réelle concrète à l'annulation. Le progrès a consisté à attacher à l'annulation de l'acte détachable un effet quasi-assuré, car le juge du contrat saisi par les parties ne manquera pas de constater la nullité du contrat parce qu'à l'époque tout vice du contrat aussi minime soit-il d'une part entraîne la nullité, d'autre part peut être soulevé d'office. L'arrêt Epx Lopez ne le dit pas puisque le contrat est en l'espèce un contrat de droit privé mais c'est bien la conséquence naturelle.

Le juge de l'astreinte, puis de l'injonction deviennent sur le papier d'excellents intermédiaires entre le juge de l'excès de pouvoir et le juge du contrat. A la même époque que l'arrêt Epx Lopez est créé et se développe le référé précontractuel. Il n'y a pas de lien de cause à effet mais on ne peut manquer de souligner la coïncidence.

Cette création prive incontestablement d'une partie de son intérêt la construction Epx Lopez puisque les concurrents évincés disposent alors d'un moyen autrement plus intéressant de parvenir à leurs fins. Et l'arrêt *Tropic* avec la création d'un accès au juge du contrat pour ces tiers lésés leur fermera vraiment la porte en jugeant que « *à partir de la conclusion du contrat, et dès lors qu'il dispose du recours ci-dessus défini, le concurrent évincé n'est, en revanche, plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables.* »

En outre, dans la séquence ouverte par l'arrêt, le CE juge, par l'arrêt IRD en 2003<sup>14</sup>, que le juge de l'injonction ou celui de l'exécution, doivent porter une appréciation avant d'enjoindre : il leur faut « *prendre en compte la nature de l'acte annulé ainsi que le vice dont il est entaché et vérifier que la nullité du contrat ne portera pas, si elle est constatée, une atteinte excessive à l'intérêt*

---

<sup>12</sup> Sect 7 octobre 1994 Epoux Lopez RFDA 1994.1090 concl. Schwartz, note Pouyaud ; AJDA 1994.914, Chr. L. Touvet et J-H. Stahl et Sect. du 26 mars 1999 Sté Hertz (p 95).

<sup>13</sup> A l'époque sur le seul fondement de la loi de 1980 sur l'exécution des décisions juridictionnelles, depuis lors sur le fondement de la loi de 1995

<sup>14</sup> 10 décembre 2003 Institut de Recherche pour le développement

*général*». C'est avant *Tropic*, avant l'arrêt Commune de Béziers, redonner au caractère administratif du contrat une portée que le caractère automatique du lien illégalité/nullité avait quelque peu mis à l'arrière plan. C'est donc ouvrir la possibilité de redonner un caractère platonique à l'annulation<sup>15</sup>, si la continuité du service public, tout autre intérêt général le commande comparé à la gravité du motif d'annulation.

Au demeurant, à supposer ouverte la voie, le parcours est long jusqu'au « constat de nullité du contrat » – c'est l'expression d'alors - qui s'avère compliquée. Et il est parfois trop tard, si le contrat est entièrement exécuté, ce qui arrive le plus souvent s'il s'agit d'un marché. Le référé-suspension est certes ouvert dans le contentieux des actes détachables<sup>16</sup> mais n'est pas suffisant car il faut être rapide : nous jugeons en effet que ce recours est dépourvu d'objet dès la signature du contrat puisque l'acte litigieux a alors entièrement épuisé ses effets<sup>17</sup>. Sans parler du cas où le contrat est de droit privé, comme dans l'affaire Epx Lopez.

Nous en sommes là. Ou plus exactement nous en étions là jusqu'à l'intervention de l'arrêt Commune de Béziers qui a indirectement mais nécessairement changé la donne.

Il ne faut pas à cet égard accorder trop d'importance à la décision du 9 avril 2010 Commune de Levallois-Perret dont une lecture hâtive pourrait laisser penser que dans la tâche qui est la leur, le juge de l'exécution ou de l'injonction et le juge du contrat sont - dans un contexte contentieux qui est celui de l'annulation d'un acte détachable- restés prisonniers de l'histoire. En l'espèce, confronté à la question de savoir quelle était la marge de manœuvre du juge du contrat saisi en application d'une décision juridictionnelle devenue définitive enjoignant à celui-ci de saisir ce juge pour qu'il constate la nullité du contrat, le CE a considéré que cette marge était nulle du fait de la nécessité d'assurer l'exécution de la chose jugée. Mais il s'agit d'un cas très particulier puisque l'arrêt, dans la ligne de commune de Béziers, affirme « *qu'il appartient en principe au juge du contrat d'apprécier, en fonction de la nature du vice ayant conduit à l'annulation de l'acte détachable du contrat et de son éventuelle régularisation, les conséquences de cette annulation sur la continuité ou la validité du contrat.* »

Il faudra que la jurisprudence se précise sur ce point, y compris d'ailleurs la jurisprudence judiciaire. On peut espérer à cet égard que l'arrêt Cass. 1re civ., 31 mars 2010, Commune de St Amand les eaux ce qu'elle devrait

---

<sup>15</sup> Ex : 19 décembre 2007 Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable (SIAEP) du Confolentais

<sup>16</sup> 29 juillet 2002 Ville de Nice

<sup>17</sup> Voir en particulier 9 février 2004 Société d'économie mixte de la Lozère

être. La 1<sup>ère</sup> chambre civile, postérieurement à Commune de Béziers y juge que nonobstant le rejet par le TA de la demande d'annulation de la délibération autorisant la signature du contrat par le moyen que la signature était intervenue avant la transmission au Préfet et nonobstant l'abandon sur ce point de la jurisprudence Préfet de la Côte d'Or par l'arrêt commune de Béziers, le juge judiciaire pouvait par ce motif constater la nullité du contrat.

La jurisprudence administrative devra, quant à elle, me semble-t-il, faire le départ entre ce que le juge de l'exécution ou de l'injonction estimera ne pas devoir ou au contraire devoir relever d'une saisine juge du contrat, à charge pour celui-ci, s'il doit être saisi de définir les mesures appropriées dans le cadre de la jurisprudence Commune de Béziers. C'est une sorte de dépassement ou de sublimation de la jurisprudence *IRD*.

Dans le souci d'éviter les chemins de croix contentieux ou si l'on préfère une trop longue période d'incertitude juridique tant pour les parties que pour les tiers, les juges de l'excès de pouvoir et de l'injonction réunis peuvent être conduits à trouver la solution la meilleure en se passant du juge du contrat. Une tentative a été faite dans le litige concernant la concession de la distribution du gaz, de l'électricité et de l'éclairage public de Grenoble qui a donné lieu à la décision du 31 juillet 2009 Ville de Grenoble et Société Gaz Electricité de Grenoble (GEG). Le juge était saisi d'actes détachables d'un avenant au contrat de concession, de clauses réglementaires du contrat de concession et de conclusions à fin d'injonction. Il a été procédé à une annulation des actes détachables à effet différé – sur le fondement de la jurisprudence AC ! - assortie d'une injonction d'avoir à résilier le contrat à compter d'une certaine date à défaut le modifier. Mais nous étions dans une configuration contentieuse et en face de stipulations et d'illégalités qui le permettaient, ce qui n'est pas toujours le cas.

Il n'est toutefois pas exclu que l'on croise à nouveau de tels litiges comme il n'est pas exclu que le juge enrichisse sa jurisprudence sur la régularisation d'actes ou de situations, comme cela a été au demeurant le cas dans cette affaire, afin d'éviter là aussi que ne se développe de vains contentieux. Plusieurs arrêts avaient déjà admis le principe de la validation ou ratification par une délibération postérieure de la signature d'une convention sans autorisation<sup>18</sup>. Le fait que celle-ci ait été modifiée à de nombreuses reprises avec l'assentiment des autorités compétentes a été considéré comme une sorte

---

<sup>18</sup> notamment 20 décembre 1963, Commune de Battigny, T. p. 831 ; 28 janvier 1972, Commune de Montbrun-les-Bains, DA 1972 n° 54 ; 31 juillet 1972, Sté Barchetta ; 6 février 1981, Commune de Sixt, T. p. 638 sur un autre point et 24 février 1984 Commune de Grâce-Uzel, n° 34411, RDP 1985,

de sérum mettant la décision de signer le contrat initial et celui-ci à l'abri d'une invalidation contentieuse.

Mais ce sont là des questions qui se posent dans un cadre qui resterait celui du REP contre l'acte détachable antérieur à la signature ou contre la décision de signer. Est-ce le bon cadre ? Faut-il au prix de ces aménagements et perfectionnements qu'ont représenté Epx Lopez, IRD et indirectement Béziers maintenir cette jurisprudence ? D. Casas, dans ses conclusions sur l'arrêt *Tropic*, répondait par la négative. Il n'a pas été suivi dans son idée de fermer la page ouverte un siècle plus tôt puisque le recours *Tropic* n'est pas ouvert à tout tiers lésés mais aux seuls concurrents évincés. Je ne suis pas sûr que la question ne mérite pas un nouvel examen dans un cadre peut-être plus large même si comme je l'ai dit, il faudra toujours distinguer entre concurrents évincés et reste du monde.

Le vieillard est donc encore vert.

2. Parlons maintenant du jeune homme, le juge du référé précontractuel, censé être plein de promesses et sur lequel on peut fonder beaucoup d'espoirs même si certains lui trouvent plusieurs défauts.

Né en 1992, pour la transposition d'une directive communautaire, ce référé vise à assurer l'application effective du droit communautaire des marchés publics, spécialement les règles de publicité et de mise en concurrence, avant que le contrat soit conclu, « à un stade où les violations peuvent encore être corrigées »<sup>19</sup>. Mais le recours créé par la directive a été nationalisé. Avant l'ordonnance de mai 2009, il est ouvert aux concurrents évincés de l'attribution de certains contrats, limitativement énumérés, le juge – je parle ici exclusivement du juge administratif même si le référé existe aussi devant le juge civil – disposant de pouvoirs différents selon qu'il est en face de marchés publics ou de DSP – L.22 /L.551-1 – ou de contrats conclus dans les secteurs spéciaux – L.23/L. 551-2.

Dans le 1<sup>er</sup> cas, ces pouvoirs sont des pouvoirs très étendus d'un juge du fond, qu'il est au delà de son appelation qui ne vise qu'à décrire la forme et les conditions de son intervention. Il peut annuler une procédure en tout ou partie, enjoindre à la collectivité de faire ou de ne pas faire. Il est à ce point engagé dans une logique finaliste – faire respecter l'égal accès à la commande publique de tous les candidats potentiels – que nous lui avons reconnu ce que nous dénions au juge en général, la possibilité de statuer *ultra petita*<sup>20</sup>, au delà

---

<sup>19</sup> CJCE 3 mars 2005 Fabricom C 21/03

<sup>20</sup> 20 octobre 2006 Commune d'Andeville

des conclusions dont il est saisi. Dans le second cas, il doit se contenter d'injonctions.

Beaucoup plus efficace que le recours contre les actes détachables, le référé précontractuel est devenu un instrument prisé et par suite critiqué dans la mesure de ses limites. Le référé précontractuel est un succès : on en enregistre entre 600 et 650 /an. Les collectivités publiques ne le craignent pas, y voyant, lorsqu'il est exercé, une possibilité d'obtenir des assurances sur la sécurité juridique de leurs contrats avant la signature et l'exécution.

Les limites qui concernent tant la qualité pour agir des requérants que le champ des contrats ne suscitent guère de débats, pas plus me semble-t-il que les moyens recevables devant le juge dont le périmètre est intimement lié aux conditions de la naissance du recours. Le juge peut être saisi par toute personne qui a été candidate à l'attribution du contrat ou qui aurait pu l'être compte tenu de son objet social et de l'objet du contrat. Les contrats sont ceux qui sont listés.

Les règles que le juge a mission de faire respecter sont exclusivement celles relatives aux obligations de publicité et de mise en concurrence : ainsi aucune méconnaissance des règles de compétence ou encore des règles d'ordre public contractuel n'est sanctionnée dans ce cadre. Cela n'est pas choquant : le juge est saisi à un stade où le contrat n'est pas définitivement arrêté, statuant en urgence, il ne peut tout appréhender et les autres aspects de la légalité du contrat peuvent être examinés dans le cadre d'autres recours, comme celui des actes détachables. Il a été procédé à une interprétation large de cette catégorie de règles qui n'est toutefois pas extensible.

Plus critiquée est et reste la jurisprudence qui assigne aux pouvoirs du juge une limite, celle de la signature du contrat, jurisprudence qui résulte de plusieurs arrêts de Section du 3 novembre 1995<sup>21</sup>. Une fois le contrat signé, le juge du référé précontractuel n'a plus de pouvoirs, ce qui débouche sur une irrecevabilité ou un non-lieu en 1<sup>ère</sup> instance ou au stade de la cassation. Comme l'a fort bien démontré C. Chantepy dans ses conclusions qui restent parfaitement d'actualité, ce juge a une action correctrice qui ne peut que cesser une fois le contrat signé. S'ouvre alors une action réparatrice – contentieux indemnitaire ou à l'époque recours contre les actes détachables, aujourd'hui *Tropic* et référé contractuel. Si l'on veut oublier que le JRPC est un juge d'exception doté de pouvoirs exorbitants dans un cadre procédural particulier, cette jurisprudence peut choquer mais dans le cas contraire, elle n'est que la résultante de ces caractéristiques sur le terrain de la recevabilité du recours. Ses effets –

---

<sup>21</sup> Sect. 3 nov. 1995, CCI de Tarbes, Sté Stentofon communication et District de l'agglomération nancéienne p 393 et s.

principalement la course à la signature - ont été au demeurant atténués par la réforme récente du référé.

Reste il est vrai cette asymétrie de fait qui, en raison de cette jurisprudence, prive dans la très grande majorité des cas de toute chance de succès un pourvoi en cassation contre une ordonnance de rejet d'un RPC, faute de caractère suspensif du pourvoi.

Mais je ne crois pas que l'on puisse dire qu'il y a d'un côté l'administration et de l'autre les opérateurs économiques. Il y a d'un côté les signataires du contrat, y compris donc des opérateurs économiques, de l'autre les concurrents évincés de ce contrat. Et je ne crois pas non plus que la jurisprudence puisse faire quelque chose contre ce qui constitue à mes yeux l'essence même de l'office de ce juge qui ne serait plus précontractuel s'il poursuivait son office au delà de la signature.

Une autre critique mais je ne ferai là qu'introduire le sujet qui sera traité par M. Seyfriz (et d'autres) a tenu et tient toujours à la conception que le juge se fait de l'opérance des moyens. Initialement purement objective, elle serait devenue purement subjective à la suite de l'arrêt *Smirgeomes*<sup>22</sup>, inconvénient tout aussi grave que la conception initiale qui conduisait à regarder ce juge comme une sorte de juge de l'excès de pouvoir de l'acte détachable que constitue la décision d'attribution du contrat, ce qui d'une certaine manière n'aurait donc été qu'une sorte d'hommage du jeune homme au vieillard.

Malgré leurs défauts, dont il sera certainement amplement débattu, le vieillard et le jeune homme, qui ne sont pas sans lien de parenté, ont d'indéniables atouts complémentaires. Ils forment un tandem solide. Il n'est pas sûr que leurs descendants, successeurs ou cousins que sont le recours *Tropic* et le référé contractuel puissent se targuer d'autant de qualités...

---

<sup>22</sup> Sect. 3 oct. 2008 SMIRGEOMES p 324

## 1<sup>RE</sup> PARTIE

### **Les juges des contentieux de la passation : panorama stratégique**

#### *Le bouleversement de l'architecture contentieuse*

**Mathieu SEYFRITZ**

Avocat au barreau de Paris

Tant de commentateurs ont écrit avec pertinence sur la transposition de la directive qu'il serait illusoire d'espérer des révélations fracassantes aujourd'hui. A défaut d'être original je tenterai donc d'être méthodique. Le hasard nous place au centre d'une activité jurisprudentielle particulièrement fiévreuse. Deux décisions du Conseil d'Etat viennent de dissiper certains doutes importants qui planaient depuis la transposition de la directive : l'important arrêt *FranceAgrimer* du 10/11/2010 et encore plus important l'arrêt *Grand port maritime du Havre* du 19/01/2011. Le référé contractuel en marché à procédure adaptée (MAPA) a subi un grave accident au port du Havre. Cette dernière décision a été rendue sous les conclusions très éclairantes de M. Boulouis. En conclusion, j'évoquerai certaines interrogations agitées par l'arrêt en question ce qui nous permettra de débattre avec M. Boulouis.

#### **L'ordonnance du 7 mai 2009**

L'ordonnance du 7 mai 2009, complétée par un décret du 27 novembre 2009 a transposé la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007. Les textes sont entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009. Ils sont applicables aux contrats pour lesquels une consultation a été engagée à partir du 1<sup>er</sup> décembre 2009. Il s'agit donc de notre droit positif. L'ordonnance du 7 mai 2009 a introduit de très profondes modifications dans le paysage contentieux. Elle a en même temps systématisé plusieurs des solutions dégagées par la jurisprudence sous le régime antérieur. Dans le respect de la directive transposée cette ordonnance a, pour l'essentiel, procédé à la refonte du référé précontractuel et inventé le référé contractuel. Dans ce système les deux types de référé coexistent avec le recours au fond en contestation de la validité du contrat, le fameux recours *Tropic* dont la pérennité ne paraît pas remise en question par la transposition en droit interne de l'ordonnance du 11 décembre 2007. Il existe désormais un noyau dur de recours spécifique (cf. Stéphane Braconnier) qui ne laisse plus qu'une place résiduelle au recours de droit commun. Ces recours n'émettent plus qu'une « lumière morte » selon la jolie expression de M. Boulouis. Cette transposition représente donc une rénovation plus qu'une révolution. Selon les dictionnaires rénover c'est : « innover en transformant dans l'objectif d'améliorer ». Les dispositions de l'ordonnance du 7 mai 2009 viennent compléter une architecture contentieuse qui procède directement de ce double mouvement d'innovation et d'amélioration. Gardons à l'esprit que le libellé même de la directive transposée du 11 décembre 2007 vise elle-même l'amélioration des procédures de recours en matière de passation des marchés publics. C'est dans cet ordre innovation – amélioration que nous allons raisonner.

#### **Innovation**

La création de la catégorie du tiers intéressé représente l'innovation la plus flagrante, la plus importante et la plus fascinante. Ces tiers, au régime très particulier, peuvent aujourd'hui

accéder au contrat par le biais de l'action en validité du contrat et par le biais du référé contractuel. Cette dénomination de tiers intéressé est très familière aux civilistes. Elle est notamment utilisée dans le régime de la cession de créance pour désigner la catégorie de tiers visé par l'article 1690 du Code civil qui prévoit que « la cession n'est opposable au tiers qu'à compter de sa signification au débiteur cédé ». Les tiers visés par ce texte nous dit la jurisprudence de la Cour de cassation sont « ceux qui ont intérêt à ce que le cédant soit encore créancier. C'est pour cette raison qu'ils sont encore intéressés par l'opération de cession ». Ce sont ainsi des tiers intéressés au sens du droit privé. Le contrat administratif est fondamentalement et structurellement différent de son *alter ego* de droit privé sur un point essentiel : pour l'administration c'est purement et simplement le moyen d'exercer sa mission. Le contrat administratif n'est qu'un acte administratif et aucun administré, par définition, n'est totalement étranger à l'édition d'un acte de cette nature. Dans cette mesure, le contrat administratif ne concerne pas que les seules parties quand bien même en droit administratif comme en droit privé le contrat ne peut pas créer d'obligation au tiers — c'est le principe de relativité contractuelle de l'article 1165 du Code civil, étant entendu que le Conseil d'Etat s'inspire des principes issus des textes du Code civil avec une relative liberté. Dans un premier temps, à l'exception du préfet, l'accès des tiers à ce contrat n'a été permis que par le truchement de la théorie l'acte détachable et par le biais du recours pour excès de pouvoir, avec l'éclosion de la jurisprudence byzantine de l'arrêt *Yacht Club de Bormes les Mimosas* octobre 1993 jusqu' à l'arrêt *Institut de recherche et développement* du 10 décembre 2003. Autre chose d'imaginer qu'un tiers puisse échapper au labyrinthe de l'excès de pouvoir et accéder directement au contrat en saisissant lui-même le juge du contrat. Autre chose était de déterminer ceux des tiers qui pouvaient être regardés comme suffisamment intéressés pour bénéficier d'un accès direct au contrat nonobstant le fait qu'il ne soit pas directement partie à cet acte. Personne n'étant satisfait des conséquences contentieuses pratiques de l'utilisation de l'acte détachable, il a d'abord fallu choisir entre les recours : excès de pouvoir ou plein contentieux. Ou bien dilater le recours pour excès de pouvoir en remettant en cause son irrecevabilité traditionnelle contre les contrats au risque d'en dénaturer le mécanisme ? Ou bien reconnaître au tiers intéressé un droit de critique devant le juge du plein contentieux, débat admirablement présenté par Jean-Jacques Stahl dans ses conclusions sous l'arrêt *Ville de Lisieux* du 30/10/1998 ? Dans l'hypothèse où la voie du plein contentieux serait suivie, s'agissant des tiers intéressés, fallait-il retenir une conception large allant jusqu'aux usagers, jusqu'aux contribuables locaux, lesquels sont intéressés par les contrats administratifs fusse de façon lointaine, ou fallait-il resserrer la notion de tiers en identifiant un type de tiers particulier ? Ces questions ont trouvé réponses le 16 juillet 2007 dans l'arrêt *Tropic*. Au-delà de la bénédiction que constitue le nom de cet arrêt pour les auteurs en recherche d'un nom accrocheur : douceur tropicale, sous le soleil des tropiques... l'arrêt *Société Tropic Signalisation* est un grand arrêt, la preuve en est qu'il est publié dans les Grands arrêts de la jurisprudence administrative (GAJA), il s'agit en effet d'une pierre essentielle dans l'édifice contentieux de notre sujet. L'arrêt *Tropic* présente l'intérêt particulièrement original d'offrir à la fois l'exemple d'une modulation dans le temps d'un revirement de jurisprudence et d'une application d'une jurisprudence *association AC !* du 11/07/2004 ce qu'a relevé en son temps le professeur Rollin que nous entendrons tout à l'heure. Pour reprendre la formule du professeur Gaudemet : « la décision *Tropic* est la conjonction d'une volonté, d'une méthode et d'une occasion ». La volonté était d'ouvrir le contentieux du droit administratif au delà des parties, en dépassant nécessairement la théorie des actes détachables et le recours pour excès de pouvoir. La méthode était de provoquer le débat, et celui-ci est très puissamment alimenté depuis le prononcé de l'arrêt *ville de Lisieux*. L'occasion était quant à elle assez mince, puisque l'arrêt *Tropic* a été rendu sur le pourvoi formé contre une ordonnance rejetant la demande d'un candidat en suspension de la décision de rejet de son offre. Le choix du Conseil

d'Etat est double : plein contentieux, restriction des tiers intéressés aux concurrents évincés. Le choix du plein contentieux signifie que l'arrêt *Tropic* donne au juge du contrat les pouvoirs d'un vrai juge du plein contentieux alors qu'il était auparavant admis que le juge du contrat « autolimitait ses pouvoirs » comme le dit le professeur Melret, dans la mesure où il se bornait à constater l'annulation mais ne la prononçait pas selon une jurisprudence constante. Avec cet arrêt du 16/07/2007, le juge du contrat peut quasiment tout faire, dès lors qu'il a constaté l'existence de vice entachant la validité du contrat. La palette de ses pouvoirs est très large : il peut résilier le contrat, modifier certaines de ses clauses, décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation de la collectivité contractante ; il peut aussi accorder des indemnités ; il peut surtout annuler totalement ou partiellement le contrat, le cas échéant avec effet différé. Mais le juge ne peut prononcer cette annulation qu'après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants. Le juge du recours en contestation de la validité du contrat dispose donc bien de tous les pouvoirs relevant classiquement du plein contentieux. Le même raisonnement a inspiré à l'arrêt *commune de Béziers* du 28/12/2009 qui est une décision relative au recours en contestation de validité formé par une partie elle-même. La solution de cet arrêt vient d'être précisée et assez fortement relativisée, semble-t-il, par deux arrêts récents du Conseil d'Etat du 12/01/2011 arrêt *Manoukian* et arrêt *Société Léon Grosse*. Le deuxième choix, aussi important, opéré par le Conseil d'Etat est d'ouvrir ce recours spécial à la catégorie des concurrents évincés, lesquels sont les seuls tiers suffisamment intéressés pour agir. Ce choix marque le refus de retenir une acception large de la notion de tiers intéressé, solution pourtant proposée avec des arguments puissants et convaincants par M. Casas, commissaire du Gouvernement. La notion de concurrent évincé est par ailleurs compatible avec les dispositions applicables de l'article L551-1 du Code de justice administrative, texte qui ouvre le référé précontractuel aux personnes ayant un intérêt à conclure le contrat, notion de concurrent, et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement qu'elles invoquent.

Dans un premier temps on s'est beaucoup interrogé sur les contours exacts de la catégorie de concurrent évincé. La jurisprudence développée sur ce point est assez logique. Cette catégorie englobe tous les candidats à l'attribution du contrat, ainsi que les personnes qui, sans avoir été candidates, justifient qu'elles auraient pu l'être, du fait de la nature de leur activité, de leur spécialisation professionnelle. Cette solution est équivalente à celle retenue en matière de référé précontractuel, arrêt CE du 5/08/2009 *Région Centre*. En revanche, l'attributaire n'est pas recevable à former un *Tropic*, jugement du Conseil d'Etat 16/11/2009.

Parmi les apports de la jurisprudence *Tropic* : délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriée, avec certain renforcement du formalisme. Le requérant peut former des demandes indemnitaires. La fermeture du recours contre les actes détachables à compter de la conclusion du contrat par le jeu de l'exception du recours parallèle. Les tiers ne pouvant être considérés comme des concurrents évincés continuent quant à eux à pouvoir exercer ce recours. L'auteur du recours a la possibilité de former un référé suspension ce qui suppose une interprétation constructive des dispositions de l'article L521-1 du Code de justice administrative puisque pour ce faire le contrat administratif est considéré comme une décision administrative. Le prononcé de la décision *Tropic* doit être replacé dans son temps juillet 2007. A cette époque, le référé précontractuel existait déjà, le référé contractuel n'existait pas encore, la directive qui allait modifier sévèrement les directives de 1989 et 1992 était encore en projet. Le juge du référé précontractuel ne pouvant plus exercer ses pouvoirs après la conclusion du contrat, jugement du Conseil d'Etat dès novembre 1995, l'arrêt *Tropic* a permis la création d'un recours post-contractuel efficace qui allait bientôt devenir un impératif communautaire. Le raidissement attendu a été confirmé par un arrêt de la CJCE *Commission/RFA* prononcé deux jours après

l'arrêt *Tropic*, qui a imposé aux pouvoirs internes d'autoriser la résiliation des marchés publics conclus illégalement lorsque d'autres mesures se révèlent insuffisantes. Il était donc indispensable d'ouvrir un nouveau recours.

Autre innovation intéressante l'après contrat mais issue directement, contrairement à l'arrêt *Tropic*, de la transposition de la directive le référé contractuel. Faut-il préciser qu'il s'agit du recours en référé, quand le contrat a été conclu ? la logique même de ce recours est différente de celui du référé précontractuel. Il reste beaucoup à dire sur la difficulté d'exercice du référé contractuel.

Je voudrais juste souligner deux cohérences particulièrement bienvenues entre le régime du précontractuel et celui du contractuel. D'abord sur le terrain des contrats visés puis sur celui des requérants.

- Les contrats visés sont les mêmes. Les dispositions propre au référé précontractuel opèrent un renvoi pur et simple aux contrats qui peuvent faire l'objet d'un référé précontractuel, 13 tiret de l'article L551 relatif au référé contractuel qui renvoie au 1<sup>er</sup> tiret du même article relatif au référé précontractuel. Par rapport au régime antérieur à la transposition, l'ordonnance du 7 mai 2009 a abandonné la formule de l'énumération pour reformuler la définition des contrats visés en reprenant les critères d'identification, dégagés par les directives marchés : critère de l'objet, critère de contrepartie — même s'il est aujourd'hui admis que la transposition sur ce point n'est pas totalement satisfaisante, notamment en ce qui concerne la contrepartie.
- Pour les requérants, il y a aussi un renvoi d'un régime à l'autre, sous la réserve du dispositif de fermeture particulier au régime du référé contractuel. Bien d'autres éléments seraient à rajouter sur le régime du référé contractuel, sur le délai d'action, sur le pouvoir de suspension du juge, sur le calcul des éventuelles pénalités financières. Nous pratiquons ou nous subissons ce régime tous ce régime il est donc inutile d'en rappeler le détail. Ce qui nous intéresse ce sont les dispositifs de fermeture propres à ce recours ainsi que la question des moyens invocables et des pouvoirs du juge.

Le référé contractuel créé par l'ordonnance de transposition et le recours *Tropic* d'origine jurisprudentielle constituent deux grandes innovations, profondément originales du régime contentieux actuel de la commande publique. Dans l'entreprise de rénovation de ce régime il y a eu des améliorations qui ont touché le régime précontractuel du fait la transposition de la directive.

Parmi elles deux améliorations : la suspension automatique de signature dès l'introduction de l'instance et la mise à l'écart de la règle traditionnelle du *non ultra petita*.

- La suspension automatique est imposée dès l'introduction de l'instance, c'est une suspension de plein droit, le contrat ne peut plus être signé jusqu'à la notification par le greffe de la décision juridictionnelle. Ce mécanisme, fruit de la transposition, est autoritaire. Il succède au système introduit par la loi relative au référé administratif du 30 juin 2000 qui donnait au juge la possibilité de faire injonction de différer la signature du contrat pour une période qui ne pouvait excéder vingt jours. Certes le juge des référés utilisait très largement cette capacité d'injonction, mais en terme de rapidité comme en terme d'efficacité, la mesure issue de la transposition est incomparablement supérieure au régime qu'elle remplace. D'autant plus qu'elle est couplée à l'obligation de notification du recours par son auteur au pouvoir ou à l'autorité adjudicatrice. Le 10 novembre dernier, le Conseil d'Etat vient de juger que

cette notification est prévue dans l'intérêt de l'auteur du recours : « en vue d'éviter que le marché concerné ne soit prématurément signé par le pouvoir adjudicateur, resté dans l'ignorance de l'introduction du recours. » d'où il suit que la notification n'est pas prescrite à peine d'irrecevabilité. A défaut de notification adressée par télécopie doublée par lettre recommandée, le pouvoir adjudicateur est prévenu du recours par le greffe, il importe donc que celui-ci communique la requête dès réception de cette requête par télécopie sans attendre la réception du recommandé contenant les pièces, car dans ce cas le délai de latence serait de plusieurs jours. Or, tous les greffes ne communiquent pas la requête dès réception de la télécopie. Il faut bien entendu notifier ces requêtes en référés précontractuels et le faire par télécopie, puis par lettre recommandée de la même façon qu'on notifie la requête par télécopie puis par recommandé.

- La mise à l'écart du non *ultra petita*, ce dernier étant une règle traditionnelle du contentieux administratif interne. Antérieurement à la transposition de la directive le Conseil d'Etat avait admis, arrêt *commune d'Andeville* du 20/10/2006 que le juge du référé précontractuel pouvait prononcer une mesure allant au-delà des prétentions du requérant. Cette jurisprudence est consacrée par l'article L551-12 selon lequel les mesures susceptibles d'être prononcées par le juge peuvent l'être d'office, les parties ayant été préalablement mises en état de faire valoir leurs observations. Cette disposition est remarquable, il est satisfaisant que le pouvoir traditionnel du juge du référé précontractuel ait été confirmé sous la réserve nécessaire du respect du contradictoire.

Ces améliorations du référé précontractuel s'ajoutent aux innovations majeures que constitue le recours *Tropic*, fruit de la jurisprudence et le référé contractuel fruit de la transposition. L'entreprise de rénovation du système contentieux est considérable. Est-elle révolutionnaire ? Ce sera notre conclusion.

## Révolution ?

Sur ce terrain tout dépend du niveau d'exigence où chacun place son idéal révolutionnaire. Dans ma matière qui nous occupe, la faculté donnée à une certaine catégorie de tiers au contrat d'atteindre à la validité de cet acte est profondément originale. L'ancrage de la procédure administrative est tout aussi important dans la culture du référé. Elle faisait encore l'objet d'une certaine inhibition, il y a peu. C'est maintenant dépassé, le juge administratif est un excellent juge des référés. Comparé à la *guerilla* qui règne dans les référés de droit commun devant le juge judiciaire la salle de référé administratif apparaît comme un verdoyant asile avec son système très hiérarchisé de mise en état. Le rôle du TGI de Paris traite une trentaine d'affaires dans entre 10h et 12h30. Avoir un juge compétent, qui connaît son dossier et l'avoir le cas échéant pour un après-midi, c'est un luxe qui apparaît aux avocats de droit privé comme un fantasme hors d'atteinte.

Différents reproches peuvent être faits au système issu de la transposition, mais il faut reconnaître que les candidats évincés trouvent aujourd'hui un juge, qu'ils agissent au référé ou au fond. Ce qui serait vraiment révolutionnaire serait que ce système contentieux parvienne à combiner les différents impératifs que sont notamment : le respect du principe de l'égalité, la nécessaire stabilité contractuelle, l'efficacité, l'effectivité et la simplicité des voies de recours. Permettez-moi quelques observations, d'une part sur la tendance à la fermeture des recours et sur l'efficacité de ces recours.

- Il existe une tendance très forte et très lourde à la fermeture des recours.

- L'arrêt *Tropic* avait ouvert cette voie en fermant aux concurrents évincés les recours contre les actes détachables dès la conclusion du contrat. Le référé précontractuel a eu deux vies l'avant et l'après *Smirgeomes* CE 3/10/2008 : le juge du référé précontractuel doit rechercher si les manquements dont se prévaut la requérante sont susceptibles de l'avoir lésée ou risque de la léser de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente. Le référé précontractuel était un recours objectif il devient largement —trop largement pour le professeur Nougellou— subjectif. Il existe de nombreux arguments solides en faveur de la subjectivisation, d'abord elle clôt une période guère raisonnable. Les commentateurs décrivent le référé précontractuel première manière en faisant assaut de métaphores guerrières ou chasseresses : ball-trap, arme de destruction massive, blitzkrieg Stalingrad... les procédures étaient en effet annulées pour des motifs véniels qui n'avaient pas lésé les requérants et n'avaient pas avantagé leurs concurrents, c'était l'époque bénie ou maudite, selon les points de vue où on pouvait obtenir des annulations de procédure pour des erreurs de code CPV dans l'avis d'appel à concurrence, par exemple — *o tempora, o mores*. Antérieurement à la jurisprudence *Smirgeomes*, le texte de l'article L551-1 énonçait déjà que les personnes habilitées à agir en référé précontractuel étaient celles qui étaient susceptibles d'être lésées par le manquement qu'elle invoquaient. La jurisprudence sur laquelle revient *Smirgeomes* était difficilement compatible avec ce texte. Certains auteurs considèrent cette subjectivisation comme ultra légale. *Tropic* a permis *Smirgeomes*, car avant le 16/07/2007, il n'existait aucun recours permettant au concurrent évincé d'atteindre le contrat lui-même. Ses concurrents ne disposaient que du seul référé précontractuel dans le cadre duquel il pouvait seulement atteindre la procédure de passation. Dans cette mesure *Smirgeomes* est aussi le fruit d'un contexte, dès lors qu'existait le recours *Tropic*, la subjectivisation du référé précontractuel devenait possible. La jurisprudence *Smirgeomes* a des fondements très sérieux et convaincants mais elle est d'une application délicate car elle est susceptible de se prêter à des interprétations très sévères qui reposent largement sur des appréciations de fait. Dans les précédents fâcheux, la terrifiante ordonnance Seri/communauté urbaine de Lyon du 15/10/2008 : « *La candidature de la société Seri ayant été à bon droit rejeté pour un motif de régularité externe aucun des manquements allégués, a les supposer établis, est susceptible de l'avoir lésé même indirectement.* » Un raidissement très net de l'interprétation des juges du référé précontractuel est actuellement perceptible, ce raidissement est inquiétant.
- Autre illustration de la tendance à la fermeture des recours, le référé contractuel. Les textes issus de la transposition organisent eux-mêmes plusieurs niveaux de fermeture. Un tel dispositif est la rançon du caractère subsidiaire du référé contractuel par rapport au référé précontractuel. Il n'y a pas d'option. L'esprit de l'architecture contentieuse qui résulte de la transposition est de privilégier la contestation avant la signature du contrat. L'idée étant évidemment qu'il est moins dommageable pour l'intérêt général d'annuler une procédure que d'annuler un contrat. D'où la création par le texte d'un double système de fermeture qui conduit les commentateurs les plus autorisés à distinguer une fermeture automatique d'une fermeture manuelle.
  - La fermeture automatique a été mise en place par l'article L 551-14 : le référé contractuel n'est pas ouvert au requérant qui a fait usage du référé précontractuel à la condition que le pouvoir ou l'entité

adjudicateur ait respecté la suspension de signature qui découle nécessairement du dépôt d'un référé précontractuel et se soit conformé à la décision juridictionnelle rendue sur son recours. Le référé contractuel n'est donc que l'ultime garanti de l'efficacité du référé précontractuel. L'arrêt *AgriMer* du 10/11/2010 vient de le confirmer en jugeant que la fermeture automatique devait être écartée dans l'hypothèse où le contrat est signé avant l'expiration du délai de suspension de signature prévu par l'article 80 du Code des marchés publics.

- La fermeture manuelle mise en place par l'article L551-15. Il est possible au pouvoir ou à l'entité de fermer l'accès au référé contractuel en procédant de manière volontaire à la publicité de son intention de conclure ce qui donne la possibilité aux requérants de procéder à un référé précontractuel, délai fixé à onze jours après publication. Il peut s'agir d'un contrat non soumis à une obligation de publicité préalable ou au contraire soumis à cette obligation mais auquel ne s'applique pas l'obligation de communiquer l'attribution aux candidats non retenus. Ce dernier est le contrat passé selon la procédure adaptée de l'article 28 du code visé par l'arrêt *Grand port maritime du Havre* du 19/01/2011.
- Les moyens invocables seront commentés plus largement par le président Haïm cet après-midi. L'article 551-14 vise les manquements aux moyens de publicité et de mise en concurrence. Cette référence extrêmement large peut renvoyer aux moyens soumis au juge des référés précontractuels. Mais les articles L551-18 à L551-20 resserrent les moyens invocables en les rattachant au pouvoir du juge. Pour respecter la directive, il existe des cas dans lesquels le juge doit prononcer la nullité, sauf raison impérieuse d'intérêt général où il retrouve toute la palette de ses pouvoirs. Le juge prononce la nullité en cas de manquement très grave aux obligations de publicité initiale ou en cas d'absence de remise en concurrence dans l'hypothèse d'un accord cadre d'un système d'acquisition dynamique. Si le contrat a été signé avant l'expiration du délai de suspension de signature ou pendant le délai de suspension résultant du dépôt d'un prêt contractuel, le juge est tenu de prononcer la nullité à deux conditions : le demandeur a été privé du droit d'exercer son recours et la méconnaissance des obligations de publicité et de mise concurrence ont affecté les chances du demandeur d'obtenir le contrat. Dans l'hypothèse où le demandeur n'a pas pu déposer son référé précontractuel du fait du non respect d'un des deux délais, le juge dispose de pouvoir plus large : nullité, résiliation, réduction de la durée du contrat, pénalité financière (article L551-20). L'arrêt *Grand port maritime du Havre* apporte des réponses particulièrement strictes à deux questions importantes.
  - Aucun délai de suspension de signature ne s'impose dans les MAPA. Ce qui conduit l'arrêt, en ce qui concerne les MAPA, à présenter une lecture des articles L551-18, 19 et 20 « allégés » de tout ce qui se rapporte à la suspension de signature.
  - Les articles précités donnent une liste limitative des moyens invocables. Sur ce terrain le juge du référé contractuel n'a donc pas la liberté de celui du référé précontractuel.

Cette tendance très lourde à la fermeture des recours coexiste avec une certaine diminution de l'efficacité des recours. Permettez-moi deux observations.

- L'efficacité du *Tropic* est très fortement obérée par la difficulté pour le requérant d'obtenir la suspension du contrat litigieux dans le cadre du référé suspension de droit commun de l'article L521-1 du Code de justice administrative. Dans ce type de recours, le temps est l'ennemi du requérant. *Avec le temps tout s'en va*, y compris l'intérêt de prononcer une sanction. D'où l'intérêt d'obtenir la suspension du contrat en référé. Dans ce critère du temps on observe des disparités importantes selon les tribunaux en ce qui concerne le jugement au fond des requêtes *Tropic*. Certains agissent vite et donnent des délais de procédure abrégée, d'autres sont beaucoup plus lents, en particulier les tribunaux ultra-marins. A défaut de pouvoir faire juger rapidement au fond, il faut suspendre et les difficultés commencent. Les trois ans et demi de jurisprudence n'incitent guère les concurrents évincés à l'optimisme. Les suspensions sont rares car les juges ne constatent l'urgence qu'avec beaucoup de réticence.
- En ce qui concerne *Tropic* et le référé contractuel, les juges ont des pouvoirs de plus en plus modulables. La rédaction des textes indique que l'annulation du contrat est conçue comme l'*ultima ratio*, comme la mesure de dernière extrémité, la possibilité de moduler les sanctions est omniprésente.

L'architecture contentieuse issue de la jurisprudence *Tropic* et de la transposition de la directive du 11/12/2007 a été très puissamment rénovée. Elle offre aujourd'hui une gamme de recours théoriquement satisfaisante puisqu'il est possible d'agir en référé avant et après le contrat et le recours *Tropic* offre lui-même au fond un recours post-contractuel susceptible d'assurer une sanction pouvant aller jusqu'à l'annulation et une indemnisation. Un mouvement général de fermeture des recours et de diminution de leur efficacité joint à l'avènement d'un objectif affiché de stabilité contractuel contrarie cette architecture. La révolution reste à faire. Il n'est pas iconoclaste de se demander si les évolutions jurisprudentielles les plus récentes, notamment l'arrêt *Grand port maritime du Havre* respectent bien l'esprit de la directive transposée et l'exigence d'effectivité des recours.

### **C. Bardon**

Cette tendance marquée de fermeture des recours et surtout des recours de référé peut-elle être expliquée par N. Boulouis auteur de l'arrêt *Grand port maritime du Havre*.

### **N. Boulouis**

De manière générale, je ne parlerai pas de fermeture des recours, même si j'ai utilisé la métaphore des fermetures. La difficulté se pose en ce qui concerne les MAPA, pour une raison qui ne tient pas au référé contractuel lui-même mais parce que ces marchés n'ont pas d'obligation d'information et de respect de délai. La difficulté serait de trouver un fondement solide pour imposer cette obligation à l'ensemble des MAPA. Certains pourraient dire qu'il existe un fondement communautaire notamment avec l'arrêt *Alcatel/Austria*, cet arrêt ne concerne que le droit communautaire. La difficulté est une conséquence de la nationalisation des référés. Nous n'avons pas seulement transposé les règles communautaires nous les avons accommodées en essayant de retrouver des cohérences dans les contrats. Les MAPA sont entrés dans le champ de ces référés, or les MAPA sont en dehors du champ d'application des règles communautaires et des directives. Cette contradiction découle de cette nationalisation. Si on ouvrait de manière plus large on reviendrait aux séances de ball-trap, avec un certain nombre de recours où il est possible de tirer chaque fois que l'on a raté la marche précédente. La difficulté du référé contractuel pour les MAPA vient de l'absence d'obligation et le Conseil d'Etat n'a pas voulu créer cette obligation d'information et de respect d'un délai de

*stand still* pour ces marchés alors que le code a restreint cette obligation et que nous sommes en dehors du champ du droit communautaire. Ils ne découlent pas des principes constitutionnels de la commande publique qui ne sont pas véritablement considérés comme des règles par le Conseil Constitutionnel. Tirer cette obligation de la Constitution pour des marchés restreints serait sans doute aller très loin. C'est le problème principal posé par l'arrêt *Grand port maritime du Havre*, pour le reste les textes existaient, ils ont été appliqués.

### **C. Bardon**

Les textes ont été appliqués, certes. Mais au cours de cette année passionnante, des TA ont inventé — au sens du Code civil — des principes généraux pour annuler des procédures.

## 2<sup>E</sup> PARTIE

### Eléments contentieux opérationnels

#### *Les contraintes du théâtre des opérations : les éléments objectifs du choix du recours*

**Jean-David DREYFUS**

Professeur à l'université Paris-Dauphine, avocat au barreau de Paris

Merci à l'AFAC de me permettre d'intervenir sur un sujet que je n'ai pas choisi mais surtout que je n'aurai pas intitulé de cette façon. Pour le praticien que je suis, ce sujet n'est pas facile. Conseiller la bonne procédure à nos clients étant donné les « aléas jurisprudentiels » auxquels nous sommes tous soumis n'est pas chose facile. Même pour l'universitaire l'horizon est assez encombré.

Le contentieux est complexe parce qu'il y a multitude de recours et de possibilités, on peut dire en respectant la métaphore guerrière que le besoin d'une analyse stratégique est évident. Le théâtre des opérations, toujours dans cette perspective, est le terrain que l'armée cherche à envahir ou à défendre. Le requérant est par nature offensif. Le juge ne se saisit en effet jamais tout seul, du moins pas encore ! En cas de litige afférent à la passation, le théâtre des opérations, c'est choisir le bon type de recours. Ils sont multiples et nous allons chercher le bon type de recours à privilégier en fonction des contraintes imposées au requérant. Il ne faut pas oublier l'assailli, souvent l'administration, qui doit se défendre et prendre des mesures préventives. L'administration peut anticiper, limiter la marge de manœuvre des requérants. Elle doit se poser la question de son action préventive (en amont).

#### **Les données du conflit**

Le conflit est contractuel, une procédure de passation de contrat est en cause. Sur la nature du contractuel du conflit, il a déjà été beaucoup dit et l'historique n'est pas anecdotique. Pendant longtemps, seules les parties pouvaient contester le contrat et les tiers étaient exclus de ce contentieux : il ne leur restait que l'acte détachable. Avec la décision *Tropic Travaux*, le contrat a été assimilé à une décision administrative. C'est bien à ce titre que le référé suspension a été permis. Il fallait une construction assez audacieuse pour assimiler le contrat à une décision administrative. Inutile de trop dissenter là-dessus car nous verrons que la porte du référé suspension est fermée.

Le contrat est administratif. Se pose la question de savoir si la commande publique ne concerne que les contrats administratifs. J'en doute. Les textes renvoient aux contrats administratifs mais il faut inclure dans la commande publique certains contrats de droit privé. Mais dans notre hypothèse, le conflit est administratif. En terme de stratégie il est intéressant de constater que le conflit est « asymétrique ». Même si on a raison on peut avoir tort parce qu'on est contre l'administration. Même s'il y a un vice, il faut faire la balance des intérêts (cf. l'arrêt du Conseil d'Etat *IRD*). Il faut toujours se demander si la nullité du contrat ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général. Le juge administratif pourra ne pas donner satisfaction alors même que le vice est avéré. Y a-t-il « égalité des armes » ? Je n'en suis pas sûr. Dans le référé précontractuel également, il existe des cas dans lesquels la

procédure de passation n'est pas annulée alors même que des motifs qui pourraient conduire à l'annulation ont été identifiés. Dans une ordonnance du TA de Paris de 2010 — il s'agissait, il est vrai, de lutte contre les feux de forêt —, alors que les conditions étaient réunies pour obtenir une ordonnance d'annulation de l'ensemble de la procédure, le juge n'a pas fait ce choix.

A côté des contrats soumis aux règles de publicité et de mise en concurrence, il y a ceux qui ne le sont pas alors qu'ils ont une influence sur le marché. Ce sont les fameux contrats d'occupation du domaine. Il ne s'agit pas de soumettre tous les contrats d'occupation du domaine aux règles de publicité et de mise en concurrence, mais certains sont composites, ils mêlent différents objets. Le Conseil d'Etat a tranché la question dans son arrêt de décembre 2010 *Jean Bouin*. Il n'y a donc pas de possibilité de référé précontractuel, ni de référé contractuel. Il reste l'acte détachable, mais en écoutant M. Boulouis, ne va-t-il pas bientôt mourir ? Il faut donc identifier les vices qui peuvent être invoqués dans le recours pour excès de pouvoir que l'on introduirait contre cet acte détachable. Ces vices sont limités, ils ne peuvent pas être tirés du manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence.

### **Les acteurs du contentieux**

Il y a les acteurs principaux et les figurants, guère de seconds rôles. Les acteurs principaux sont les concurrents évincés. Sauf à être pris de remords, je ne vois pas pourquoi le titulaire du contrat irait attaquer lui-même l'acte qu'il a obtenu. A moins qu'il ait mal évalué son offre, qu'il se trouve lié par un contrat qui se révèle différent de ce qu'il avait imaginé. Et même dans ce cas aurait-il intérêt à agir ?

**Intervention de M. Boulouis :** Une entreprise qui a été choisie ne peut pas retirer son offre. Si elle s'aperçoit que la procédure l'a conduit à un contrat illégal, elle a intérêt à faire un référé précontractuel pour conclure un contrat légal.

### **Reprise de J-D Dreyfus**

Quant à l'administration, elle a intérêt à ce que le contrat soit légal. Elle ne met pas en œuvre une procédure illégale, pourquoi irait-elle devant le juge pour la faire annuler ? Ce pourrait être dangereux car sa responsabilité pourrait être engagée. Les acteurs principaux sont donc les concurrents évincés. En fonction des tribunaux administratifs, la jurisprudence est très variable. Dans le cadre d'un recours en référé précontractuel, une ordonnance du TA de Strasbourg du 24/11/2009 rejette la requête d'une entreprise qui n'avait pas candidaté au motif qu'il ne ressort de l'instruction que la société requérante remplissait les conditions de capacité technique exigées. Dans un arrêt la *Roche-sur-Yon* le Conseil d'Etat a dit qu'une entreprise qui n'avait pas déposé une offre, mais avait retiré un dossier de consultation, justifiait d'un intérêt à agir en référé précontractuel. Il est donc conseillé de retirer un dossier de consultation si on a l'intention d'agir. Si on ne le retire pas, est-on un concurrent évincé ? Si on reste caché en attendant, que peut-on faire ? Un recours pour excès de pouvoir ?

L'administration peut mener une sorte de stratégie de dissuasion, d'action préventive vis à vis des entreprises ou des acteurs économiques qui pourraient vouloir introduire un recours. Avec l'avis de son intention de conclure un contrat, l'administration ferme la possibilité d'introduire un référé contractuel. L'autre possibilité est la publication d'un avis d'attribution postérieur à la signature du contrat qui a pour effet, en application de l'article R551-7 du code

de justice administrative de limiter le délai d'introduction d'un référé contractuel. En publiant cet avis, l'administration ramène le délai de six mois à trente et un jours.

### **Les contraintes de temps**

Les deux moments clés sont la séquence antérieure à la signature du contrat et celle postérieure à celle-ci. Le référé précontractuel permet de purger les vices avant que le contrat ne soit conclu. Le juge y a énormément de pouvoirs puisqu'il peut statuer *ultra petita*. Le juge aura moins de scrupule à remettre en cause un contrat qui n'a pas encore été conclu que dans le cas d'un référé contractuel ou dans un *Tropic*. La voie du référé précontractuel doit être privilégiée car, en amont, les choses peuvent encore être corrigées. La jurisprudence *CCI de Tarbes* de 1995 qui, à partir de la signature du contrat, met fin aux possibilités d'introduire un référé précontractuel mérite discussion. Les textes sont clairs et le juge n'a fait que tirer les conséquences du texte qui dit qu'à partir du moment où le contrat est signé, on ne peut plus agir par cette voie. Mais il vaut mieux être dans le correctif et le précontractuel, car c'est le moment le plus intéressant pour remettre en cause le contrat. Stratégiquement il vaut mieux s'orienter vers le référé précontractuel, si on le peut !

Si ce n'est pas possible, les autres voies de droit, dès que le contrat a été conclu, c'est le contractuel, *Tropic*, le REP, mais aussi le recours indemnitaire. Les recours post-contractuels me laissent insatisfait. Il y en a beaucoup mais ils ont assez inefficaces. Dans le cadre du recours *Tropic*, il n'y a pas de suspension et dans le référé contractuel les moyens invoqués sont très limités. Malgré ces deux recours, on risque d'être démuné pour obtenir satisfaction. Le contractuel est fermé et avant que le jugement ne soit rendu dans un *Tropic*, on n'aura pas obtenu la suspension et le contrat sera exécuté voire achevé... Le juge annulera-t-il un contrat exécuté quand il en sera au stade de l'appel ou de la cassation ? Raisonnablement non ou alors exceptionnellement. Le contrat aura donc été exécuté alors même qu'un certain nombre de moyens auraient pu être pertinents. Du point de vue stratégique, la phase postérieure n'est pas satisfaisante et il vaut mieux se placer, autant que faire se peut, dans la phase précontractuelle. Reste la jurisprudence *Smirgeomes*, mais M. Boulouis, je pense qu'avec cet arrêt « vous » avez été trop loin. Les décisions qui sont rendues en application de *Smirgeomes* ne vont-elles pas au-delà de ce qui a voulu être dit ? Quand on nous explique que le requérant doit établir *in concreto* qu'il a été lésé, je ne crois pas que c'est ce qui était voulu initialement dans *Smirgeomes*. Il faut seulement que le juge apprécie si le manquement allégué est susceptible de l'avoir lésé. Vis à vis de *Smirgeomes*, il faudrait avoir une position moins exigeante.

## 2<sup>E</sup> PARTIE

### Eléments contentieux opérationnels

#### *L'efficiencia des recours : analyse comparée des offices des juges*

**Victor HAÏM**

Président de la 6<sup>e</sup> chambre à la Cour administrative de Versailles

Le juge administratif ne se saisit pas, il est saisi. Sauf si le Conseil d'Etat lui en fait l'obligation, il n'a pas du tout l'intention de se saisir : les greffes sont suffisamment encombrés de dossiers à traiter pour que les magistrats n'ambitionnent pas ajouter volontairement des questions à traiter.

Il dispose bien d'un pouvoir d'appréciation, mais l'exercice de ce pouvoir s'arrête là où commence la dénaturation. Bref, si le cadre de l'intervention du juge n'est pas complètement rigide, il ne peut aller contre ou au-delà de la demande des parties.

Or chaque type de recours à ses spécificités : certaines sont des avantages, d'autres des inconvénients.

- Les procédures de référés sont rapides mais ce sont des mesures prises à titre provisoire. Comme il a été dit, les référés précontractuels et contractuels sont des décisions prises dans la forme de référés mais ce ne sont pas des référés.
- Le recours pour excès de pouvoir permet d'anéantir un acte juridique. Si le juge y fait droit, l'acte disparaîtra de l'ordonnancement juridique. Mais il présente le double inconvénient, d'une part, de n'être ouvert que s'il n'existe pas une voie de recours parallèle et, d'autre part, d'être un recours dirigé contre un acte. Il ne permet par lui-même aucune condamnation de l'adversaire, ni, par voie de conséquence, l'indemnisation du préjudice né de l'illégalité qu'il sanctionne.
- Le recours de pleine juridiction, lorsqu'il s'agit de contentieux subjectif, permet une éventuelle indemnisation ; mais il présente l'inconvénient de ne pas avoir de portée *erga omnes*, contrairement au recours pour excès de pouvoir. En outre, il peut avoir des effets parfois imprévus, notamment du fait du souci du juge de concilier des intérêts au nombre desquels l'intérêt général est prédominant. L'arrêt *Blanco* disait que la responsabilité qui incombe à une personne publique n'est ni générale ni absolue, elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés. Le droit administratif a toujours cette conciliation en point de mire et conçoit toujours la responsabilité dans la perspective de prendre l'intérêt général en considération. Ce principe, dont la nécessaire prise en compte a été rappelée par les deux décisions d'Assemblée, *Tropic travaux* du 16 juill. 2007 et *commune de Béziers* du 28 déc. 2009, crée une part d'indétermination ou d'incertitude.

Ces trois types de recours dépendent d'éléments objectifs tels que la qualité du requérant (tiers, candidat évincé, cocontractant...) ou le stade de la procédure dans lequel on se situe. Non seulement ces recours ne donnent pas tous les mêmes fruits, mais ils ne fonctionnent pas stricto sensu de la même manière. Les règles de la procédure, l'opérance et la pertinence des moyens sont liés à la procédure choisie. Ce choix n'est pas entièrement libre. Il existe peu de marge de manœuvre pour une stratégie du recours qui supposerait la possibilité d'un choix entre différentes voies de droit qui permettraient d'avoir des effets plus ou moins équivalents

selon les éléments pris en considération. Nous allons étudier ces possibilités de choix pour les trois recours précités. Le recours du préfet étant mis à part.

## • I. Les recours des tiers

Dans la procédure préalable d'un marché ou à sa signature, les éléments qui pourraient être, pour des tiers (à distinguer des candidats potentiels ou évincés), à l'origine d'un préjudice indemnisable sont quasiment inexistantes. Le recours indemnitaire est, de fait et non de droit, un recours fermé. Ne sont donc envisageables, outre le recours pour excès de pouvoir, la saisine du préfet d'une demande qu'il défère l'acte et l'action au nom de la collectivité territoriale ouverte à tout contribuable ou, dans certains cas, aux électeurs.

### ○ *Le recours pour excès de pouvoir contre un acte détachable*

Aujourd'hui la seule possibilité est le recours pour excès de pouvoir contre un acte détachable ou une clause contractuelle, mais pas contre le contrat lui-même. Il n'existe aucune raison en droit ou en logique pour qu'un acte juridique qu'il soit unilatéral, bilatéral ou multilatéral et qui doit respecter la hiérarchie des normes puisse échapper au contrôle de la légalité. En droit l'acte se distingue du fait. C'est la *summa divisio*. Si un coup de feu est tiré, il s'agit d'un fait ; l'intéressé peut demander une indemnité (*Tomaso Greco* 1905), mais il ne peut former un recours contre excès de pouvoir contre l'usage de l'arme ou contre la balle qui l'a atteint. En revanche, dans un État de droit, tout un chacun doit ou devrait pouvoir former un recours tendant à l'annulation de tout acte juridique pris par une autorité publique lui faisant grief. Mais tel n'est pas le cas. je n'écris pas les règles ; je les applique. Donc je retiens que le recours pour excès de pouvoir contre un contrat n'est, actuellement, pas possible. En revanche, il est possible contre un acte détachable du contrat. M. Boulouis a développé ce recours précédemment et je n'y reviendrai donc pas plus largement.

Cette possibilité de former un recours pour excès de pouvoir contre un acte détachable est-elle en voie d'extinction ? Je pense qu'il n'est pas nécessairement sans intérêt de pouvoir former un recours contre un acte en amont de la signature du contrat — sans parler de l'acte artificiellement détachable de la signature — par exemple contre la délibération autorisant la signature du contrat, recours assorti d'un référé suspension permettant de bloquer la procédure. Par ailleurs et en tout état de cause, les tiers qui ne sont pas parties au marché et qui ne sont pas non plus candidats parce qu'ils ne peuvent pas l'être (un élu pour reprendre le cas de figure illustré par la décision de principe *Martin* de 1905), ont manifestement intérêt à voir ouverte cette voie qui est, pour eux, le pendant du référé précontractuel qui existe pour ceux qui pourraient passer le contrat. Ils auraient l'acte détachable et le référé suspension. Pour l'instant la question d'une suppression du recours pour excès de pouvoir contre un acte détachable ou de l'extension de ce recours au contrat lui-même ne se pose pas vraiment. Il s'agit d'un peu de science fiction. Mais, encore une fois, je ne vois pas pourquoi la demande en nullité d'un contrat, c'est-à-dire son annulation (le Conseil d'Etat ayant lui-même fait l'assimilation), ne pourrait pas être demandée par un tiers dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir.

○ ***La saisine du préfet***

Le préfet peut déférer un contrat et ce déféré s'analyse comme un recours pour excès de pouvoir depuis *commune Sainte-Marie de la Réunion* du 26 juill. 1991 – ce qui rend encore plus incompréhensible qu'on continue d'affirmer qu'un contrat ne peut pas faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. La saisine du préfet est intéressante car lui peut demander l'annulation du contrat alors que le tiers ne peut pas. Mais en pratique cette possibilité est plutôt un piège qu'une chance. Dans une décision *Brasseur* 25 janv. 1991, le Conseil d'Etat a jugé que dès lors que l'intéressé peut toujours saisir le juge, la saisine du préfet n'interrompt pas le délai de recours. Elle a simplement pour effet de proroger ce délai jusqu'à l'intervention de la décision explicite ou implicite par laquelle le préfet se prononce sur sa demande ; lorsque le préfet aura donné sa réponse par une décision implicite ou expresse, le délai recommencera à courir. Le Conseil d'Etat a précisé (*Société Aubette*, du 6 déc. 1999) que le désistement du préfet n'avait pas d'incidence. L'intéressé qui n'aura pas formulé un recours auparavant ne pourra plus le faire. Saisir le préfet en lui demandant de déférer un contrat ou un acte détachable paraît plus un leurre qu'une véritable bonne idée. Il reste la possibilité de saisir le préfet et, parallèlement, de former un recours direct ; mais, informé, le préfet risque de ne rien faire en attendant la décision du juge.

○ ***L'action au nom d'une collectivité territoriale : l'autorisation de plaider***

Cette action a été introduite en droit en 1786, elle existait au départ uniquement pour les communes mais ensuite elle a été étendue aux établissements publics territoriaux, aux départements, aux régions ; la loi organique du 21 février 2007 l'a étendue aussi à Mayotte et Saint-Barthélemy dans ce cas en l'ouvrant non seulement aux contribuables mais aussi aux électeurs.

La demande doit être formée devant le tribunal sous certaines conditions de forme.

- Elle doit émaner d'un contribuable inscrit au rôle de la commune (ceci est valable *mutatis mutandi* pour les départements etc...), le contribuable peut agir individuellement ou collectivement (CE, ass., 26 juin 1992, *Mme Lepage-Huglo et a.*, Rec. p. 246, AJDA 1992, p. 477 chron. C. MAUGUË et R. SCHWARTZ), il peut être une personne morale (CE, 28 juillet 1999, *Synd. Des hoteliers, cafetiers, restaurateurs de Val d'Isère et a.*, req. n° 202.144), et peut même faire l'objet d'une condamnation pénale (CE, 4 février 1994, *Quemar* (sol. impl.), Rec. p. 58).
- La commune doit avoir été appelée à délibérer l'action envisagée (CE, sect., 22 juillet 1992, *Avrillier*, Rec. p. 301 ; CE, 4 février 1994, *Quemar* (sol. impl.), Rec. p. 58). On ne peut pas saisir directement le tribunal d'une demande d'autorisation de plaider. Ce n'est pas nécessairement la même personne : X peut saisir la commune et Y demander l'autorisation de plaider (CE, sect., 22 juillet 1992, *Grapin*, Rec. p. 302, AJDA 1992, p. 649 chron. C. MAUGUË et R. SCHWARTZ).
- L'action envisagée doit être précisément définie : action en rescision pour lésion, constitution de partie civile, action pénale...

Viennent ensuite trois conditions de fond.

- Les carences de la commune : il faut que la commune n'ait pris aucune initiative pertinente. Le Conseil d'Etat est relativement restrictif dans son appréciation de l'inaction. Par exemple si elle a engagé des pourparlers ou si elle a émis un titre alors que l'intéressé était en liquidation et ne pouvait pas payer, la commune a fait ce qu'elle devait faire et il ne peut y avoir carence de sa part (CE, 28 juillet 1999, *Synd. Des hôteliers, cafetiers, restaurateurs de Val d'Isère et a.*, req. n° 202.144 ; CE, 15 mars 1999, *Jarnac*, req. n° 190720).
- Des chances de succès pour l'action envisagée. Selon la formule constamment reproduite, « il appartient au tribunal administratif statuant comme autorité administrative, et au Conseil d'Etat saisi d'un recours de pleine juridiction dirigé contre la décision du tribunal administratif, lorsqu'ils examinent une demande présentée par un contribuable sur le fondement de ces dispositions, de vérifier, sans se substituer au juge de l'action, et au vu des éléments qui leur sont fournis, que l'action envisagée présente un intérêt suffisant pour la commune et qu'elle a une chance de succès » (CE, ass., 26 juin 1992, *Monnier-Besombes*, Rec. p. 250 ; CE, 4 février 1994, *Quemar*, Rec. p. 58). Cette condition est essentielle. Si on se plaint d'une irrégularité lors de la passation il faut montrer son incidence concrète sur les finances de la commune ou sur un certain nombre d'éléments mais on ne peut pas rester dans l'abstrait. Il peut s'agir de droit pénal, du droit de la concurrence, du droit financier mais il faut un impact à la décision.
- La troisième condition, plus gênante, a été initiée par une décision *Lodovico Cassinari* du 28 avril 2006 (req. n° 280878, Rec. p. 210, BJCL 8/2006 p. 599 concl. C. Devys et obs. B. Pacteau, AJDA 2007, p. 266 note A. Claeys, JCP A 2006, 1198 note J. Moreau) et impose qu'il n'y ait pas de possibilité d'action directe de l'intéressé. Le recours pour excès de pouvoir fonctionne comme un recours principal et s'il est possible de former un recours, excès de pouvoir ou plein contentieux, la demande d'autorisation de plaider ne pourra pas prospérer.

L'autorisation de plaider est prise par le tribunal. Il s'agit d'une décision administrative et non d'une décision juridictionnelle (CE, 26 juin 1992, *Cne de la Possession c/ Mas*, Rec. T. p. 1198) ; elle peut être déférée au Conseil d'Etat par la voie du recours de pleine juridiction. Le nombre de demandes d'autorisation de plaider formulées devant les tribunaux administratifs ne fait l'objet d'aucun suivi statistique et il est donc impossible de savoir quel usage il est fait de la procédure. Mais on peut penser que les contraintes de la procédure, la rigueur des conditions et le coût final pour le contribuable en limitent fortement l'intérêt.

## • II. Les candidats évincés

Ce sont eux les plus grands bénéficiaires de l'évolution récente des textes et de la jurisprudence. Un récent commentaire (J.-D. Dreyfus, note sous CE, 10 nov. 2010, *France AgriMer*, req. n° 340944, AJDA 2011 p. 51) relevait qu'une véritable mosaïque de recours s'offre désormais aux entreprises candidates à l'obtention d'un contrat public. Certains parlent d'empilement, de mille-feuilles... pour cette pléthore de recours (Ph. Rees, *État des lieux du droit du contentieux de la validité des contrats de la commande publique*, Contr. et MP 1/2010, p. 6). Le recours pour excès de pouvoir est fermé aux

candidats évincés par *Tropic travaux*. Mais il reste le référé précontractuel, le référé contractuel, le recours direct devant le juge du contrat en plein contentieux, le recours sur le terrain de la responsabilité quasi-délictuel qui pose question, le référé suspension et le référé provision. Chacun a ses avantages et ses inconvénients.

○ ***Le référé précontractuel***

Les conditions de recevabilité ont déjà été largement développées. On notera que la notification du recours – qui suspend la signature - n'incombe pas au greffe mais au requérant comme en urbanisme. Au demeurant, dès lors qu'aucun texte ne fait obligation au greffe de communiquer immédiatement, le requérant a tout intérêt de notifier directement et rapidement copie de sa requête à l'attributaire potentiel et à l'administration sans attendre que le greffe ne le fasse. La décision *Smirgeomes* du 3 oct. 2008 a été une bouffée d'air. Au Tribunal administratif de Melun, j'arrivais à l'audience avec une ordonnance dont le dispositif d'annulation de la procédure préalable à la signature du contrat était déjà prêt car qu'il suffisait qu'une virgule soit mal placée, qu'il manque un mot, que la mention de l'accord international sur les marchés publics ait été omise pour entraîner l'irrégularité. C'était la logique du recours d'excès de pouvoir avec le même type de contrôle de la légalité externe et de la légalité interne.

Mais ce recours, qui prend la forme d'un référé, est un recours de pleine juridiction et on peut se féliciter de ce que, conformément à l'esprit de ce type de recours, celui qui demande au juge de sanctionner une méconnaissance des règles de publicité ou des modalités de mise en concurrence soit tenu aujourd'hui d'établir que l'irrégularité qu'il dénonce a préjudicié directement ou indirectement à ses droits et lui fait grief. Dans ce cadre l'arrêt *Smirgeomes* est d'une grande limpidité.

Qui peut saisir le juge du référé précontractuel ?

- D'abord celui qui a été mis dans l'impossibilité de présenter une candidature. Il s'agit alors, de la part du pouvoir adjudicateur, d'une totale méconnaissance des règles de procédure.
- Ensuite celui qui n'a pas pu présenter utilement sa candidature soit parce que les critères n'étaient pas bien définis, soit parce que l'information était insuffisante, soit, enfin, parce que les délais ont été compressés à son détriment.
- Enfin le candidat dont la candidature a subi ombrage de la présence d'un autre candidat dont la candidature n'aurait pas du être retenue et / ou dont l'offre n'aurait pas du être examinée soit parce qu'il ne remplissait pas les conditions de candidature soit parce que son offre n'était pas adéquate, soit, enfin, parce que son offre a été acceptée hors délai.

A partir de cette grille de lecture et sur la base de ces trois hypothèses, je regardais si les moyens d'irrégularité de la publicité et / ou de la mise en concurrence soulevés avaient véritablement entraîné ou risquaient d'entraîner, pour le requérant, un préjudice. Je m'arrêtais à « susceptible de lui avoir porté ombrage » parce que seul, sans le renfort et le contrepois d'une formation collégiale (trois magistrats, plus un rapporteur public), dans une certaine urgence et sans la possibilité du recours à l'expertise si le litige soulève une délicate question technique, le juge des référés ne peut asseoir de façon pertinente un contrôle très approfondi. Pour ma part je regardais simplement s'il y avait une très forte vraisemblance que telle ou telle irrégularité dont le

requérant se prévalait pouvait lui avoir véritablement porté préjudice.

La décision que le tribunal est amené à prendre est liée au stade de la procédure. Illustrons cela d'exemple tiré d'une méconnaissance du délai de publicité de l'appel d'offres. Dans une première affaire (CE, 6 mars 2009, *Synd. mixte de la région d'Auray Belz Quiberon*, req. n° 321218), une entreprise, dont la candidature avait été retenue et l'offre écartée, se prévalait de ce que le délai de cinquante deux jours imposé par la réglementation n'avait pas été respecté ; le Conseil d'Etat rejette son pourvoi après avoir indiqué à l'intéressée, en substance, qu'elle aurait du remercier la collectivité de ne pas avoir respecté le délai, puisque le raccourcissement du délai a peut-être interdit à d'autres entreprises de présenter une candidature, mais, en ce qui la concerne, ne lui a pas porté préjudice. Dans une autre affaire (CE, 6 mars 2009, *Synd. mixte de la région d'Auray Belz Quiberon*, req. n° 321218), la situation – et la solution sont inverses : du fait de la brièveté du délai, la requérante n'avait pas pu présenter sa candidature ; cette irrégularité a été sanctionnée. Ces solutions sont totalement cohérentes.

Les irrégularités qui ne sont pas prises en compte sont celles qui n'affectent ni la publicité, ni la mise en concurrence, et qui se situent en amont, voire en aval, ou la méconnaissance par le pouvoir adjudicateur de l'étendue de ses compétences ou les actions concertées entre plusieurs candidats qui sont sans doute irrégulières et sanctionnées pénalement mais ne concernent pas la mise en concurrence par la personne publique.

Les mesures susceptibles d'être prises ont déjà été présentées : annuler la totalité de la procédure, annuler à partir d'un certain stade, demander la modification d'un élément.

Dans ce type de contentieux le juge peut statuer *ultra petita* : alors que le candidat requérant demande au juge de prendre telle décision, il peut en prendre une autre non demandée si elle lui semble plus logique (CE, 20 octobre 2006, *Commune d'Andeville*, req. n° 289.234, Rec. p. 134, AJDA 2006 p. 2340 concl. D. Casas, Dr adm. 2/2007 p. 26 note A. Ménéménis, JCP, A, 2006, 1301 note F. Llanditch ; CE, 6 avril 2007, *Dpt de l'Isère*, req. n° 298584, BJCP n° 53 2007 p. 293 concl. N. Boulouis, Dr adm. 8-9/2007 p. 26 note A. Ménéménis). L'ordonnance du 7 mai 2009 (article L551-12 et L551-6) a codifié ce pouvoir : « le juge peut prendre d'office une décision, il doit en informer préalablement les parties pour organiser une procédure contradictoire. ».

On notera que le juge du référé précontractuel n'est pas le seul à pouvoir statuer *ultra petita*, aujourd'hui le juge de l'excès de pouvoir le peut également dès lors que même s'il n'a pas été saisi de telles conclusions, il peut annuler « en tant que », annuler un article sans annuler l'ensemble du texte, ou limiter la portée de sa décision dans le temps.

#### ▪ Les **inconvenients**

Le référé précontractuel offre l'avantage de bloquer la procédure. Mais les seules irrégularités qui peuvent être sanctionnées sont celles qui affectent la publicité ou la mise en concurrence. Ce ne sont pourtant pas les seules irrégularités qui existent au stade de la procédure. Les moyens depuis *Smirgeomes* sont aussi relativement limités puisqu'ils sont ceux qui ont une incidence sur la procédure au regard du requérant. D'autre part, lorsque la procédure sera annulée, l'administration voyant en face d'elle un candidat combatif et procédurier n'envisagera pas aisément de retenir sa candidature. Ce recours peut donc parfois être contre-productif.

- **Les avantages**

Si l'administration a, de bonne foi, mal conçu les règles de mise en concurrence et s'est trouvée ainsi privée d'excellents candidats du fait de cette erreur involontaire, l'annulation lui sera favorable car elle lui permettra de repartir sur des bases plus saines et d'ouvrir davantage l'accès au marché. Par ailleurs, le référé précontractuel présente l'avantage de ne pas interdire d'autres voies de recours alors que le référé contractuel les exclut.

- ***Le référé contractuel***

Mathieu Seyfritz a développé les conditions de recevabilité tenant aux requérants ou à l'objet du contrat en faisant référence à *FranceAgrimer* de novembre 2010 et au *Grand port maritime du Havre* de janvier 2011. Le référé contractuel est ouvert, non pas, à ceux qui n'ont pas utilisé le référé précontractuel mais aux candidats qui n'ont pas été mis en mesure d'utiliser le référé précontractuel par un manque d'organisation de l'information. Dès lors que tout est fait pour que les intéressés soient au courant de l'existence de la procédure, le référé contractuel est fermé. Dans le cas contraire s'ils ont été tenus dans l'ignorance, s'ils n'ont pas pu engager un référé précontractuel, le référé contractuel leur est ouvert. Cette situation correspond à *FranceAgrimer* où le candidat engage un référé précontractuel ne sachant pas que le contrat a déjà été signé. Il peut donc engager un référé contractuel. Le texte est, par ailleurs, très limitatif sur les possibilités d'annulation qui dépend de conditions très précises sans extension à d'autres conditions.

**Avantages et inconvénients.** Cet outil est irremplaçable et très utile lorsque les règles de publicité les plus fondamentales ont été méconnues. Il permet de donner une chance à l'entreprise sans faire obstacle à une action devant le juge du contrat. Toutefois, le délai est bref : trente et un jour suivant la publication de l'avis ou la notification. Les demandes de dommages et intérêts ne sont pas autorisées et les pouvoirs du juge sont étroitement encadrés.

- ***Le recours devant le juge du contrat***

*Société Tropic travaux* a donné aux candidats éconduits la possibilité de saisir le juge du contrat. Cela a déjà été indiqué. On connaît l'ordre d'examen des questions : le juge doit d'abord vérifier si des vices entachent la validité du contrat ; ensuite, s'il a constaté des vices, il doit en apprécier les conséquences sur le contrat. Sur la base des conclusions auxquelles il arrive après ce double examen, il décide soit de prononcer la résiliation ou la modification de certaines clauses, soit de permettre la poursuite de l'exécution du contrat, soit d'accorder des indemnités en réparation des droits lésés. L'annulation, avec éventuellement effet différé, ne pourra être prononcée que si elle ne porte pas atteinte à l'intérêt général ou au droit des contractants avec une forte irrégularité de procédure.

**Avantages et inconvénients.** Ce recours n'est ouvert qu'aux candidats évincés, il est donc moins ouvert que le référé précontractuel. Il est d'un maniement plus lourd, le juge ne statue pas seul mais en formation collégiale après les conclusions d'un rapporteur public, la décision intervient dans un délai plus long. Parmi les avantages, il permet, en revanche, de sanctionner un plus grand nombre d'irrégularités avec une indemnisation du requérant.

La décision *Tropic travaux* a expressément fermé la voie au recours excès de pouvoir contre l'acte détachable mais ne dit rien du recours en responsabilité quasi-délictuelle. En principe, la règle est de fermer les autres types de recours

lorsque le juge est saisi. Le contentieux contractuel est exclusif : il n'autorise pas le contentieux de grande voirie ou la responsabilité quasi-délictuelle... A partir du moment où les candidats évincés peuvent saisir le juge du contrat, ils ne peuvent plus saisir le juge de la responsabilité quasi-délictuelle. Pour moi, cette voie ne peut être complètement fermée car un certain nombre de litiges peuvent être sources de préjudices liés à la passation du contrat mais qui ne se situent pas dans la perspective directe du contrat : par exemple, lorsque le choix de l'attributaire n'est pas encore fait, le maître de l'ouvrage, pensant que ce sera une société particulière, lui demande d'abrèger les délais de construction, de mettre en œuvre l'accélération des travaux, pour lui apprendre ensuite qu'elle a été évincée. L'éviction et les dommages venus de promesses ou encouragements sont deux choses différentes. Dans une telle hypothèse, le Conseil d'Etat juge que l'éviction illégale doit être indemnisée en tant que telle de même que doit être indemnisé le préjudice lié aux conditions rapportées ci-dessus (par ex. CE, 10 janvier 1986, *Société des travaux du Midi*, req. n° 41778). Dans ce cas, le recours en responsabilité quasi-délictuelle n'est pas soluble dans le recours devant le juge du contrat. Le calcul des indemnisations est expliqué en détail dans les décisions.

○ **Les mesures provisoires**

Eliminons d'abord le référé liberté, le référé mesure utile L521-3 puisque le contrat est une décision, le Conseil d'Etat dans son arrêt du 8/07/2009 *Eurelec Aquitaine* exclut ce type de recours. Il reste donc le référé provision et le référé suspension. Il vaut mieux éviter le référé provision car ce n'est pas un bon recours. En matière de marché, la seule hypothèse où le référé provision est utile c'est lorsqu'il y a une entente entre l'entreprise et le maître d'ouvrage. Un grand établissement public de santé avait des marchés de gré à gré, pour des sommes assez considérables, avec des fournisseurs pour les cantines des hôpitaux, le comptable n'ayant pas voulu payer le fournisseur a fait un référé provision en demandant les sommes correspondant à ses prestations. L'établissement a fait un mémoire en défense lui a donné raison en disant qu'il devait en effet être condamné et qui plus est aux frais irrépétibles. Pour le juge la créance pouvait donc être justifiée, mais il n'a pas fait droit à la requête : le marché étant illégal, il a eu droit à l'enrichissement sans cause et il a été prononcé un abattement de 30%. Contrairement à ce qui a été dit préalablement, le référé suspension n'est pas fermé par *Tropic travaux*. Cet arrêt indique une hiérarchie de possibilités pour le juge : indemnisation, résiliation pour le futur, annulation pour irrégularité. Dans le cas d'une annulation, elle est associée à la suspension ; en cas d'indemnisation, bien entendu, il n'y a pas lieu de prononcer la suspension. Le référé suspension a sa place lorsque la disparition du contrat est justifiée. Le Conseil d'Etat l'a appliquée dans le cas de méconnaissance des règles de la passation, *Société Bio Mérieux* 2009, la suspension n'avait pas été respectée alors qu'elle méritait une sanction.

Pour les candidats évincés, il existe donc de nombreuses possibilités de recours et parfois de façon cumulative.

• **III. Les parties au contrat**

Lorsque le marché est signé et, précisément, parce qu'elles le signent, les parties au contrat ne peuvent être admises, dans le même temps, à en contester la légalité. La

décision du Conseil d'Etat *ministère de l'Intégration* juge d'ailleurs que le titulaire d'un marché n'est recevable à exercer ni l'action ouverte aux concurrents évincés devant le juge du contrat, ni le référé suspension (CE, 16 novembre 2009, *Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire et association Collectif Respect*, req. n° 328826 328974). Cependant des contentieux sont quand même possibles. Dans l'hypothèse d'un marché reconduit tacitement, en règle générale, compte tenu du montant cumulé cette reconduction est souvent illégale, au moment du renouvellement le titulaire du marché peut faire valoir l'illégalité du contrat. L'engagement en responsabilité du fait d'agissements dolosifs des candidats au marché attributaires du marché : *Société Campenon Bernard* 2007, le Conseil d'Etat a retenu que des entreprises en contrat avec SNCF avaient « volé » la SNCF en passant des contrats à des conditions trop avantageuses pour elles au dépens de la SNCF. Ces contentieux sont assez rares.

Sans doute toutes ces voies de recours sont-elles diverses et chacune avec ses règles propres. Mais le droit procédural peut-il être simple et monolithique lorsque les situations et les attentes des justifiants sont diverses ? En définitive, il me semble que, même si des évolutions sont encore nécessaires, la jurisprudence du Conseil d'Etat a permis ce petit miracle d'assurer un minimum de sécurité et de stabilité aux relations contractuelles en permettant à tout un chacun - tiers, candidat malheureux ou même partie - de contester un contrat conclu dans des conditions irrégulières.

## 2<sup>e</sup> PARTIE Eléments contentieux opérationnels

### TABLE-RONDE DEBAT

#### *Le contentieux de la passation des contrats de la commande publique, une architecture trop complexe ?*

**David GASCHIGNARD**

Avocat aux conseils

**Nicolas RAÏSKY**

Responsable du service des marchés publics du Conseil régional des Pays de la Loire

#### **D. Gaschignard**

Pour ma part, dans le titre « *Le contentieux de la passation des contrats de la commande publique, une architecture trop complexe ?* » j'enlèverais d'emblée le point d'interrogation. Lorsque l'on est conseil, quel recours exercer : référé précontractuel, référé suspension, référé *Tropic*, référé contractuel, recours en annulation, recours *Tropic*, recours indemnitaire, recours exercé au nom de la commune, saisine du Conseil de la concurrence, plainte pénale ? Effectivement, cette architecture est extrêmement complexe. Ce qui est gênant, ce n'est pas forcément d'avoir trop de moyens, c'est que ces possibilités s'excluent les unes les autres : elles ont des champs d'application différents, elles n'ont pas les mêmes sources de droit, elles ne concernent pas les mêmes parties, les actes attaqués sont différents, les moyens soulevés également, le juge dispose de pouvoirs variables. La mise en œuvre apparaît donc compliquée. Tous ces recours ne télescopent-ils pas de manière inutile ? La transparence, la publicité sont des éléments de la légalité. Si les concurrents évincés font des recours précontractuel ou contractuel n'est-ce pas au nom d'une certaine forme de légalité ? Ou de l'intérêt général, pour que les contrats soient passés de manière régulière. Dès lors, pourquoi les exclure du recours en excès de pouvoir ordinaire ? La légalité n'est-elle pas un élément de la transparence et la transparence un élément de la légalité ?

#### **J-D Dreyfus**

Je suis assez d'accord avec vous. Les tiers qui font des recours peuvent être aussi porteurs de la légalité. Un référé précontractuel ne défend pas uniquement les intérêts propres du requérant, même s'il agit dans cette intention, mais aussi l'intérêt général.

#### **D. Gaschignard**

De même qu'un requérant qui attaque le permis de construire de son voisin, défend son propre intérêt, mais est favorisé parce qu'il défend en même temps l'intérêt général. Du reste, la fermeture du recours en excès de pouvoir au concurrent évincé procède d'une certaine naïveté ? Quand on s'appelle Véolia, Bouygues ou autre, il ne doit pas être trop compliqué de trouver une succursale locale ou même simplement un habitant qui pourrait de prévaloir de sa qualité de contribuable pour exercer cette voie de recours. Comment peut-on mettre de l'ordre dans cette architecture confuse ? Elle le restera quand une nouvelle directive, un nouveau texte viendra tous les trois ou quatre ans modifier les contours, le champ d'application, les conditions...

## **N. Boulouis**

Comme je l'ai dit dans mon introduction, le processus n'est pas terminé. Les directives ont obligé à la création du référé précontractuel et du référé contractuel. Le Conseil d'Etat a fait le choix - qui peut être critiqué - de créer un recours *Tropic* avant la transposition de la directive sur le référé contractuel, ce qui complique un peu trop le paysage. Il y a donc une nécessité de simplification. Plusieurs hypothèses sont possibles. Toutefois, je trouve excessif de dire que tous les recours sont fermés. Ces recours sont spécialisés, encadrés mais on ne peut, comme la doctrine l'a fait durant des années, exiger un recours en annulation du contrat, et critiquer ensuite leur complexité. L'intrication des nombreux recours est due en partie au droit communautaire, en partie au juge administratif avec l'arrêt *Tropic*. L'évolution n'est donc pas terminée.

## **N. Raïsky**

Pour vous donner le point de vue d'une collectivité, ce n'est pas la complexité des recours qui pose problème. Aujourd'hui les textes sont clairs. Les règles sont connues. C'est la jurisprudence qui pose problème, c'est-à-dire l'interprétation au cas par cas et la notion de subjectivité de la position du juge dans les décisions qu'il peut rendre. Pourquoi cela pose-t-il problème aux collectivités territoriales ? Chaque jurisprudence appelle une période d'adaptation nécessaire mais pas forcément suffisante. Les quelques jurisprudences qui n'ont pas été d'application directe, qui ont laissé au pouvoir adjudicateur le temps de s'organiser et qui, de ce fait, ne mettaient plus en péril les procédures déjà lancées, celles-là ont eu une portée juridique conséquente dans la construction de la pensée, dans la construction de la procédure, dans la construction du droit. Elles ont aussi eu une portée très opérationnelle. Dans ces nouvelles formes de recours : référé précontractuel, référé contractuel ce caractère opérationnel est un élément remarquable dans la position du juge.

## **D. Gaschignard**

Lorsque vous faites les mentions dans les avis communautaires dans les rubriques 6.4.2 en indiquant quels sont les recours ouverts, ne tremblez-vous pas un peu ?

## **N. Raïsky**

On tremble là. On tremble aussi quand on indique les délais et voies de recours dans un courrier à un candidat évincé. Une collectivité met en place une stratégie de gestion du risque contentieux. Sous un aspect financier, que l'on appellera indemnitaire en contentieux, et aussi sous un aspect temporel car en passant du recours classique pour excès de pouvoir à un recours de plein contentieux la difficulté est de passer d'un recours théorique — se faire annuler un marché, deux ans après sa conclusion, avec ensuite un pourvoi puis une cassation, le marché est souvent exécuté, la construction terminée, les prestations réalisées, il n'y a pas d'incidence, sauf incidence morale — dans une procédure de référé, l'incidence est pratique. La décision politique, l'action publique est remise en cause. Le texte sur le pouvoir du juge est intéressant. On peut effectivement critiquer la prise en compte, parfois excessive, de l'intérêt général, pour indemniser une entreprise requérante qui n'a pas obtenu un marché. Ce qui est critiquable en droit a une portée opérationnelle qui permet à l'action publique de perdurer et de ne pas s'interrompre.

## **D. Gaschignard**

L'arrêt *Tropic travaux* introduit une forme de porosité entre le recours en excès de pouvoir et le recours de pleine juridiction, entre le recours contre une décision unilatérale et le recours contre un acte contractuel. Ne sommes-nous pas gênés, en France, par cette habitude héritée

du début du XXe siècle de penser qu'un recours ne peut être fait que contre une décision. Si on réagissait comme le juge judiciaire en indiquant qu'il y a recours dès lors qu'il y a une contestation, un litige on ne serait pas enfermé avec cette obligation de tronçonner selon les stades de la procédure. Pour simplifier, le juge pourrait être saisi pour obtenir un résultat. Lorsque le juge indique dans *Commune de Béziers* qu'il peut ne pas annuler cela ne risque-t-il pas de s'étendre au recours pour excès de pouvoir avec une part d'incertitude pour le requérant ?

### **N. Boulouis**

Certes, avant *commune de Béziers* il y a eu l'arrêt AC le juge n'annule pas mais module les effets dans le temps pour tenir compte de l'illégalité et du problème posé par les conséquences de cette illégalité. La différence de la jurisprudence AC par rapport à *commune de Béziers* : les deux parties à un contrat signé ont admis qu'elle devaient faire preuve de loyauté. Garder une illégalité de passation de contrat pour pouvoir la ressortir quand celui-ci ne serait plus à la convenance, devenait impossible. Pour les illégalités plus lourdes, nous sommes encore au début de la jurisprudence *commune de Béziers*, nous ne savons pas encore s'il y aura un principe d'annulation. Les arrêts récents (*Manoukian*, *SANEF*, *société Léon Grosse*) disent qu'en principe si le vice est externe, s'il concerne la passation de contrat, le juge applique le contrat parce que, dès lors que le contrat est signé, chacun sait ce qui s'est passé avant, chacun connaît les vices et a donc renoncé à les invoquer. Dans le stade d'exécution du contrat, un tel vice ne doit pas, en principe, conduire à écarter l'application du contrat.

### **V. Haïm**

L'art. L221-1 du CJA est ainsi rédigé : « Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision... ». La notion de « réformation » est spécifique au plein contentieux. Il ne s'agit donc pas seulement de l'excès de pouvoir. En outre, il ne faut pas s'attacher à une approche trop simpliste de la « décision ». Dès que l'administration a signé un contrat, elle porte, en quelque sorte, à l'existence un acte juridique créateur de droits et obligations ; en cela elle prend, avec un tiers, une décision qui concrétise un accord de volonté. Des actes collectifs qui entérinent un accord sont également nommés décisions de l'administration. Enfin, le référé suspension est aussi ouvert en contentieux fiscal alors que la mise en recouvrement d'une imposition n'est jamais qualifiée de « décision » administrative.

Traditionnellement en droit, on rencontre soit l'excès de pouvoir, soit le plein contentieux. L'excès de pouvoir n'est possible qu'à titre subsidiaire lorsqu'il n'y a pas de plein contentieux. Or, en matière contractuelle le plein contentieux s'arrête en chemin. En droit fiscal, le rôle n'est pas annulé mais les impositions sont déchargées. En droit électoral, il est possible d'annuler des élections. Dans le plein contentieux contractuel et, en fait, dans le seul contentieux des délégations de service public et des marchés publics, le juge pouvait constater la nullité d'un contrat, mais il ne pouvait pas l'annuler... Le juge du plein contentieux restait en retrait par rapport à son office. D'où le problème de lien entre les deux types de recours. L'évolution récente est bienvenue, mais est-elle totalement satisfaisante ? On peut regretter qu'elle permette assez largement de disqualifier toute la légalité externe (la compétence, le formalisme alors même qu'il est imposé par le droit communautaire, etc.). On peut regretter qu'elle ne soit pas plus favorable aux tiers qui pouvaient être concernés autant ceux qui avaient présenté une candidature (*Tropic*) que ceux qui auraient pu présenter une candidature (référé précontractuel) et qu'elle ne leur ouvre pas le recours pour excès de pouvoir contre le contrat lui-même. Quoiqu'il en soit compte tenu de la diversité des situations et des objectifs,

la simplification du contentieux n'est pas évidente. Elle interviendra, mais pour le moment il faut tenir compte des requérants qui veulent obtenir des choses différentes à des moments différents et doivent donc prendre des voies différentes.

### **N. Boulouis**

Concernant le référé suspension *Tropic*, il fallait franchir un pas consistant à lire cet article du Code de justice administrative comme permettant la suspension de l'exécution d'un contrat. Avec son pouvoir d'interprétation, le juge pouvait franchir ce pas. Il y a toujours, une présomption de non urgence, parce qu'a priori, l'administration a toujours intérêt à exécuter le contrat qu'elle a signé. La situation est donc radicalement différente de la suspension des actes administratifs unilatéraux, où très souvent l'administration est tierce. Par exemple, dans un permis de construire, sont en cause le pétitionnaire et son voisin, l'intérêt public à exécuter ce permis n'existe pas, il s'agit d'une balance entre deux intérêts privés. Dans le cas d'un contrat de l'administration, sauf à dire que ce contrat n'a été conclu que pour favoriser une entreprise, il existe toujours un intérêt pour l'administration à exécuter le contrat, il y a donc une présomption d'urgence à exécuter. D'autre part, il faudrait que l'entreprise démontre son intérêt privé— alors que les opérateurs disent défendre, eux aussi, l'intérêt général — et indiquer que l'absence de contrat lui apporte une nuisance qui la met dans une situation économique irréversible. Les tribunaux administratifs ne sont pas particulièrement durs, ils constatent que le référé suspension de l'article L. 521-1 n'est pas bien adapté au contrat.

### **C. Bardon**

Depuis ce matin on parle d'annulation, le juge précontractuel a aussi une palette de pouvoirs : annuler, résilier pour le futur, prononcer des pénalités. Vous avez dit que l'on n'utilisait plus la gomme mais le crayon, on pourrait parler de truelle parce que vous construisez. Comment le juge fait-il son choix ?

### **V. Haïm**

Le juge me paraît plutôt pieds et poings liés. C'est le requérant qui délimite l'objet, les enjeux et la nature du litige. Si le juge est saisi sur le fondement de l'art. L. 521-1 du CJA (référé suspension), il ne peut pas faire droit à une demande d'annulation. De la même manière, un recours en excès de pouvoir contre un acte détachable n'équivaut pas à un recours de plein contentieux (CE, 22 déc. 2008, *Société Berri Développement*, req. n° 313677). Quand un juge est saisi sur le terrain de référé précontractuel, les moyens sont déterminés par le référé précontractuel, certains seront opérants, certains seront fondés, ses possibilités de décision seront limitées par les dispositions qu'il devra appliquer.

### **D. Gaschignard**

En référé précontractuel, les juges ont des possibilités importantes quand même.

### **V. Haïm**

Oui, mais ses possibilités d'action sont définies / encadrées par le texte et il ne peut pas aller au-delà. En règle générale, les choix sont relativement simples. Lorsqu'il est établi que des irrégularités ont été préjudiciables au requérant la règle est d'annuler toute la procédure. Si la commission d'appel d'offre n'a pas bien examiné les critères la procédure est annulée à ce stade, ce peut être au niveau de l'examen des candidatures si l'irrégularité a eu lieu à ce stade. Parfois, si le juge estime qu'un autre vice est peut-être caché, il peut remonter en amont et annuler toute la procédure, alors que c'était la commission d'appel d'offres qui était critiquée parce qu'il apparaît que la commission d'appel d'offres n'a pas pu débattre convenablement du fait d'une mauvaise définition des critères. Il existe toujours ces trois

référénts que sont la requête, le dossier et les textes. Si le juge – en sa qualité de juge de pleine juridiction – peut aller au-delà des conclusions dont il a été saisi, il ne peut cependant sortir du cadre défini par la loi.

### **F. Rollin**

En *Tropic* le juge a une palette de pouvoirs qui lui appartiennent en propre, où il n'est pas lié par la demande des parties. Pour quelles raisons, à partir de quelles considérations, et avec quelle connaissance de la problématique le juge déterminera-t-il s'il doit annuler entièrement ou partiellement, modifier une clause, refaire une partie du contrat ? Modifier une clause qui est en principe le produit de l'accord des volontés contre l'accord des volontés ou en leur absence pose problème. L'incertitude n'est pas dans l'enchaînement des recours, que l'on connaît, mais dans la difficulté de déterminer sur quel fondement et dans quelles conditions le juge exercera cette palette des pouvoirs qui lui sont conférés. L'arrêt *Tropic*, avec ses sept pouvoirs, ses deux effets différés me paraît assez perturbant. Il regroupe beaucoup d'éléments pour des résultats peu efficaces.

### **N. Boulouis**

Sur *Tropic*, dans l'exercice des pouvoirs ce qui fait la différence c'est la nature et l'objet du contrat. Face à un marché, à exécution courte, ou face à un contrat de partenariat ou une délégation de service public, à exécution longue, le juge réagit différemment. Si au moment où il statue, il est face à un contrat déjà exécuté, sa réponse sera principalement indemnitaire, il ne modifiera pas les clauses du contrat, pour annuler il devrait appliquer la jurisprudence sur les quasi-contrats, remettre les choses en l'état apparaît difficile quand la construction est déjà montée... En matière de marché, le temps joue les juges de paix pour l'exercice des pouvoirs du juge *Tropic*. Pour les contrats de longue durée, les modifications des clauses contractuelles sont plus faciles à imaginer, contre la volonté des parties peut-être, mais parfois pour ajouter une clause obligatoire. Dans les contrats de partenariat, l'ordonnance fixe une liste de clauses obligatoires, si elles manquent, le juge peut exiger qu'elles y figurent en modifiant le contrat. Le juge ne peut déroger à cette disposition législative. C'est, il me semble, la seule cause de modification de contrat. Le juge peut alors choisir entre une annulation pour une cause grave et une résiliation à effet différé pour des contrats encore en cours d'exécution au moment où il statuera.

Sur le référé contractuel, il y a deux différences par rapport à *Tropic*, dans l'attitude que le juge adoptera. D'abord, il sera saisi d'un contrat tout frais, il y aura moins souvent des hypothèses de contrat déjà exécuté ce qui lui ouvrira plus de possibilités dans le champ de l'annulation. Par ailleurs, deuxième différence, il est très contraint dans l'exercice de ses pouvoirs : à des cas de violation correspondent des cas d'exercice de ses pouvoirs. Le L551-20 est le seul cas, où il peut annuler, imposer des indemnités ou résilier lorsque le délai de *stand still* n'a pas été respecté. Autant *Tropic* relève une multitude de critères dont l'utilisation est encore méconnue, autant dans le référé contractuel, l'article L 551-20 définit deux illégalités qui débouchent sur une palette sans que le juge dispose d'outils pour choisir.

En excès de pouvoir, l'administration, quand elle pense qu'elle a une chance de succès, peut invoquer la jurisprudence AC à titre subsidiaire en demandant un effet différé.

### **D. Gaschignard**

Le temps qui passe joue contre les requérants, a-t-on dit. Je ferai plutôt l'éloge du temps. Certains concurrents évincés n'auraient-ils pas intérêt à exercer des recours à effet long : *Tropic*, excès de pouvoir... En disant « je vais vous demander des dommages et intérêts » ou « méfiez-vous des conséquences de l'annulation d'un contrat de distribution de l'eau dans deux ou trois ans ». Vous avez dit M. Boulouis, que l'administration était contente de voir

arriver des référés précontractuels, elle préférerait bien entendu qu'il n'y en ait pas du tout, mais il est exact que la question peut être purgée en quinze jours. Le concurrent évincé aura pu perdre quelques arguments sérieux dans le cas d'éventuels pourparlers.

#### **D. Delaloye, DAJ Bercy**

Je rassure le professeur Dreyfus, la commande publique n'est pas limitée au contrat administratif. Il existe qui ne sont pas passés dans le cadre des marchés publics qui ne sont pas des délégations de service public, ni des concessions de travaux et qui ne sont pas qualifiés d'administratifs par la loi. Et il existe des pouvoirs adjudicateurs qui ne sont pas soumis au Code des marchés publics mais à l'ordonnance de 2006 pour lesquels sont appliqués les critères jurisprudentiels du contrat administratif. En miroir des dispositions des référés précontractuels et contractuels, il existe le référé contractuel judiciaire et le référé précontractuel judiciaire.

Une remarque, pour M. Boulouis, personne ne l'accuse d'avoir tué le référé contractuel à l'égard des MAPA, ni le Conseil d'Etat non plus. Mais il a raison de rappeler que les textes existent et que le juge est chargé de les appliquer. Le débat contradictoire a d'ailleurs conduit le secrétariat de la 7<sup>e</sup> sous-section du Conseil d'Etat à demander des observations au ministère des Finances.

J'ai été surpris qu'une requête puisse être rejetée au motif que le requérant n'avait pas suffisamment établi la lésion potentielle du manquement. J'estime qu'il s'agit d'une application abusive de la jurisprudence *Smirgeomes* où le juge a voulu mettre en place un dispositif de preuves objectives que les avocats fiscalistes connaissent bien. Il appartient au juge d'apprécier objectivement si le manquement a lésé ou a été susceptible de léser. Le juge n'a pas à faire peser sur le requérant la charge de la preuve de cette lésion potentielle. Dans *Prestex*, l'avocat général avait rappelé ce système de preuve objective. Comment le juge du référé précontractuel peut-il concilier les éléments que doivent apporter les parties pour démontrer cette lésion potentielle pour que le juge puisse faire son office et la charge de la preuve qui pèse de plus en plus fortement ? La majorité des ordonnances utilise de plus en plus souvent les termes : « le requérant n'établit pas » alors que selon le système de la preuve objective, il devrait plutôt être dit : « il ne résulte pas de l'instruction que le manquement a lésé ou non ». Le Conseil d'Etat peut-il être amené à casser une ordonnance qui dirait que le requérant n'a pas suffisamment prouvé qu'il a été lésé par le préjudice ?

#### **V. Haïm**

La preuve objective existe. Mais une règle a été dégagée par la jurisprudence qui a été formalisée dans le contentieux fiscal (qui se caractérise par le fait que les textes définissent assez largement qui doit apporter la preuve) et qui est la suivante : en vertu des règles gouvernant l'attribution de la charge de la preuve devant le juge administratif, applicables sauf loi contraire, s'il incombe, en principe, à chaque partie d'établir les faits nécessaires au succès de sa prétention, les éléments de preuve qu'une partie est seule en mesure de détenir ne sauraient être réclamés qu'à celle-ci. (CE, Sect., 20 juin 2003, *Société Etablissements Lebreton - Comptoir général de peintures et annexes*, req. n° 232832). Lorsqu'un requérant vient devant le juge en disant que telle irrégularité lui fait grief, il doit apporter des éléments de nature à l'établir car lui seul les connaît et lui seul peut les définir et les démontrer. L'administration ne peut pas prouver qu'elle a fait grief à l'intéressé ! Il peut y avoir discussion sur les éléments qui seront pris en considération. Dans un appel d'offres ce sera la procédure de publicité, l'examen des candidatures et l'examen des offres. Selon ce que le requérant invoque, le juge étudiera les irrégularités et leurs conséquences selon le stade : à la présentation de sa candidature ou à l'examen de son offre. Le requérant établit soit qu'il n'a pas pu déposer sa candidature, soit qu'elle n'a pas été examinée, soit qu'une autre candidature

a été examinée alors qu'elle n'aurait pas dû l'être. Si le requérant met en cause les critères, le juge demandera à l'administration des éléments sur les critères choisis. En plein contentieux le juge instruit mais lorsque le requérant allègue quelque chose que lui seul peut démontrer, c'est à lui de l'établir et non à son adversaire.

### **N. Boulouis**

Dans l'application de la jurisprudence *Smirgeomes*, il y a en effet trois cas de figures. L'hypothèse selon laquelle le vice n'a pas lésé par exemple une erreur dans le code CPV. Le vice qui a lésé de façon évidente telle l'absence de publicité. Au milieu existe *un no man's land* où le requérant doit établir une présomption de lésion, il doit donner des éléments permettant au juge de considérer qu'il a été lésé. Il me semble qu'un certain nombre de tribunaux administratifs vont trop loin en exigeant non pas une présomption de lésion, non pas une lésion potentielle mais une lésion réelle et non seulement cette lésion réelle mais que le requérant démontre qu'il aurait pu obtenir le contrat s'il n'y avait pas eu ce vice alors que le juge n'a pas à se mettre à la place du pouvoir adjudicateur. Je ne comprends donc pas cette jurisprudence au regard de *Smirgeomes* qui est une paraphrase de l'article L 551-1 qui aurait dû être adoptée dès le L 22. La difficulté pour le juge de cassation est d'expliquer que *Smirgeomes* n'est pas aussi subjectif que certains le croient.

### **D. Gaschignard**

Je reviens au problème du contentieux subjectif ou objectif, de légalité ou de l'intérêt privé. Ne pourrait-on pas décider que les référés précontractuels ne seront acceptés qu'en cas d'atteinte substantielle, non point aux intérêts *du requérant* mais aux intérêts *de la concurrence*. Par exemple un contrat fait l'objet d'une publicité confidentielle alors qu'il aurait dû passer au JOCE, toute la concurrence a été lésée, alors que le celui qui vient saisir le juge a par définition eu connaissance de ce contrat.

### **N. Boulouis**

La notion de vice substantiel pose un redoutable problème par rapport au droit communautaire. Le juge a parfois des difficultés à établir ce qui est substantiel ou non indépendamment des questions communautaires ou nationales. La version subjective a des inconvénients qui ne sont pas inhérents à cette solution qui est une vision trop subjective dans certains cas.

### **V. Haïm**

Il est dommage que ce ne soit pas le juge du fond qui fasse la jurisprudence à la place du Conseil d'Etat. Peut-être serait-il plus sensible aux inconvénients de la subtilité et du raffinement qu'à leur élégance. Devant les juges du fond, dans un certain nombre de cas, les référés précontractuels sont hebdomadaires et il peut même y en avoir plusieurs dans une même semaine. Ce n'est pas du travail d'usine, mais presque. Le juge, qui n'est pas nécessairement un spécialiste des marchés, doit statuer seul, dans un temps limité avec des dossiers complexes. Il lui est demandé de l'objectivité ou de la subjectivité au nom de l'intérêt général avec des éléments restreints. Avant *Smirgeomes*, j'ai beaucoup annulé. Après *Smirgeomes*, je n'ai plus eu trois recours par semaine. Si les règles à appliquer étaient moins subtiles, les solutions seraient moins injustes et moins contestables parce que plus faciles à appliquer par un juge statuant seul dans un délai bref.

### **Une participante**

Je voudrai souligner un point sur l'évolution des marchés publics : la dématérialisation par rapport aux conditions de publicité et aux supports de publicité. Les collectivités sont dans l'obligation de payer des sommes folles pour essayer d'éviter des référés précontractuels. Et parallèlement, elles vont devoir dématérialiser leur procédure : les candidats vont pouvoir télécharger l'avis, ainsi que les dossiers de consultation et dématérialiser leurs offres. Le regard devrait être plus ouvert par rapport aux délais : à l'instant T de la mise en ligne, le candidat, qui aura un abonnement sur une plateforme d'achats publics, recevra une alerte, grâce au code CPV, qui l'informera sur l'intention de marché de la collectivité. Il me paraît rétrograde d'en rester aux cinquante deux jours de publicité et d'accuser les collectivités par rapport à ce délai.

### 3<sup>e</sup> PARTIE

## **Aspects tactiques des procédures** *Déroulement des procédures juridictionnelles : le rôle des juges*

**Didier SEBAN**

Avocat au barreau de l'Essonne

### **Les juges et la communication des documents de la consultation aux parties**

La loi n°78-753 du 17 juillet 1978 *portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public* pose le principe de la liberté d'accès aux documents administratifs, parmi lesquels figurent les documents relatifs aux contrats de la commande publique.

L'article 1<sup>er</sup> de cette loi énonce en effet que « *le droit de toute personne à l'information est précisé et garanti par les dispositions des chapitres Ier, III et IV du présent titre en ce qui concerne la liberté d'accès aux documents administratifs* ».

Il convient toutefois de bien distinguer entre les obligations issues du Code des marchés publics – et notamment des articles 80 et 83 de ce code, concernant la motivation du rejet de l'offre d'un soumissionnaire –, et celles imposant la communication des documents administratifs, à toute personne qui en fait la demande, en vertu de la loi du 17 juillet 1978.

En particulier, ce n'est pas parce qu'un candidat évincé a été informé des motifs détaillés du rejet de son offre, sur le fondement de l'article 83 du Code des marchés publics, qu'il ne peut pas obtenir, par la suite, communication des documents relatifs à ce contrat.

En pratique, il arrive de plus en plus fréquemment que des candidats évincés d'une procédure de passation d'un contrat de la commande publique demandent au juge, dans le cadre de contentieux relatifs à la passation de ces contrats, de leur communiquer les documents relatifs à ces contrats, en vertu de cette loi du 17 juillet 1978.

La communication de telle ou telle pièce du contrat est en ce sens devenue un véritable élément stratégique, dans le cadre d'un référé précontractuel notamment, pour les acheteurs publics ayant à se défendre.

Cette hausse des demandes de communication de documents relatifs aux contrats publics se vérifie notamment au regard des chiffres produits par la Commission d'Accès aux Documents Administratifs (CADA) dans ses rapports annuels d'activité : en effet, si cette matière ne représentait que 7% des demandes d'avis qui lui étaient adressées en 2008, elle concernait un peu plus de 10% de ces demandes en 2009.

Et à ce sujet, la Commission soulignait, dans son rapport d'activité de 2008, que « *l'accès aux documents détenus ou élaborés par l'administration en lien avec les contrats de commande publique (marchés publics, délégations de service public, contrats de partenariat) représente aujourd'hui un enjeu majeur de l'application de la loi du 17 juillet 1978* ».

En matière de contrat public, le choix de la stratégie procédurale qui permettra à un candidat évincé ou même à un tiers de contester la procédure de passation de ces contrats est intimement lié à la possibilité, pour le requérant, d'avoir accès à certaines informations.

Dans ce contexte, le rôle que les juges administratifs, saisis de demandes de communication de documents, ont à jouer dans le contentieux de la passation des contrats de la commande publique est particulièrement important.

En cette matière, plus que dans n'importe quelle autre, les juges se doivent alors de trouver un équilibre entre un principe de transparence et d'accessibilité aux informations qui est celui de la liberté d'accès aux documents administratifs (I) et les exigences liées à d'autres aspects plus économiques que sont le droit au secret des affaires et la libre concurrence des soumissionnaires à un contrat public (II).

### **I. Le pouvoir d'ordonner la communication des documents de la consultation aux parties : assurer la transparence et l'accessibilité aux documents de la consultation**

Selon les dispositions de l'article 2 de la loi du 17 juillet 1978 « *le droit à communication ne s'applique qu'à des documents achevés. Il ne concerne pas les documents préparatoires à une décision administrative tant qu'elle est en cours d'élaboration* ».

En matière de commande publique, cette distinction entre les documents préparatoires, non communicables, et les documents achevés, c'est-à-dire qui peuvent être communiqués aux parties, s'opère en fonction du stade de la procédure de passation du contrat (A).

Or on sait que l'introduction d'un recours précontractuel ou contractuel dépend de la date à laquelle le contrat est signé.

C'est pourquoi le rôle du juge des référés précontractuels en matière de communication des documents de la consultation aux parties est nécessairement limité (B).

#### **A. Les documents communicables : la distinction entre les documents achevés et les documents préparatoires**

De manière générale, la communication d'un document administratif est subordonnée à certaines conditions : le document administratif est communicable à toute personne qui en fait la demande, s'il existe véritablement et s'il est achevé.

En matière de contrats publics, les documents relatifs à la procédure de passation du contrat sont considérés comme préparatoires tant que la procédure n'est pas close c'est-à-dire tant que le marché n'est pas signé – et non pas si le candidat est simplement désigné comme attributaire du marché ou de la délégation de service public – ou que la procédure n'a pas été abandonnée (CADA, avis n°20040857, 19 février 2004, et n°20033960 du 9 octobre 2003).

En ce sens, la CADA estime que les documents liés au choix du cocontractant conservent un caractère préparatoire jusqu'à la signature du contrat.

En conséquence, avant la signature du contrat, seuls sont communicables les documents détachables du processus de passation du contrat c'est-à-dire ceux qui revêtent un caractère définitif, tels que la délibération décidant de lancer un appel d'offres ou décidant de la signature du contrat (avis CADA n°20063298 du 31 août 2006 et n°20072665 du 5 juillet 2007), l'appel à candidature, le règlement de la consultation ou les documents de la consultation élaborés dans le cadre d'un appel d'offres (avis n°20091048 du 2 avril 2009).

Une fois le contrat signé, il conviendra encore de distinguer entre les documents communicables de « plein droit » c'est-à-dire ceux qui peuvent être transmis sans restriction de contenu à toute personne qui en fait la demande et les documents communicables sous réserve d'occulter certaines mentions (*cf. infra*).

L'appréciation du caractère communicable d'un document de la consultation s'effectue ainsi *in concreto*, au cas par cas, celui-ci étant susceptible de varier selon le mode de passation du marché ou contrat, selon sa nature et selon son mode d'exécution.

Surtout, le caractère communicable d'un tel document s'apprécie en fonction du moment auquel le recours est engagé par les parties, un document communicable étant forcément

un document achevé ; ce qui explique que le juge du référé précontractuel qui intervient avant la signature du contrat, dispose d'un pouvoir limité de communication de ces documents.

**B. Le pouvoir de communication des documents de la consultation du juge du référé précontractuel : un pouvoir nécessairement limité**

Les documents de la consultation n'étant pas communicables tant que le marché n'est pas signé, il en résulte donc qu'ils n'ont pas à être communiqués dans le cadre d'une procédure de référé précontractuel (*cf.* arrêt CE 3 octobre 2008, Syndicat Mixte Intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe, n°305420 : le Conseil d'Etat considère que les dispositions de l'article 83 du Code des marchés publics « *n'impliquent pas, en tout état de cause, la communication des divers documents demandés par la société Passenaud Recyclage* », à savoir, « *divers documents tels que les procès-verbaux d'ouverture des plis et le rapport d'analyse des offres* »).

A cet égard, le Conseil d'Etat a récemment précisé l'étendue des pouvoirs du juge du référé précontractuel en matière de communication des pièces de la procédure de passation du marché.

Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a refusé d'ordonner la communication du procès verbal de la commission d'appel d'offres, de l'offre présentée par la société attributaire et de l'analyse des offres, en jugeant qu' « *il n'entre pas dans l'office du juge des référés précontractuels, tel que défini par l'article L.551-1 du Code de justice administrative d'ordonner la communication de ces documents* » (CE, 6 mars 2009, *Syndicat mixte de la Région d'Auray Belz Quiberon*, n°321217).

Le juge des référés précontractuels est donc compétent pour ordonner la communication des informations prévues aux articles 80 et 83 du Code des marchés publics mais il ne lui appartient pas d'ordonner la transmission de documents administratifs communicables au sens de la loi du 17 juillet 1978, sauf lorsqu'il s'agit de documents détachables du processus de passation du contrat (*cf. supra*).

En conséquence, la communication de tels documents ne pourra être ordonnée que par le juge du fond, dans le cadre de ses pouvoirs d'instruction.

Le choix de la stratégie contentieuse pour un candidat à un contrat public sera donc inévitablement lié à ce pouvoir de communication des documents administratifs.

En toute hypothèse, le droit au secret des affaires vient encore limiter le pouvoir des juges en matière de communication des documents de la consultation des contrats de la commande publique.

**II. Les limites au pouvoir d'ordonner la communication des documents de la consultation aux parties : protéger le secret des affaires pour assurer le libre jeu de la concurrence**

La loi du 17 juillet 1978 n'a pas pour objectif de permettre, de manière indifférenciée, à toute personne de recevoir communication de tous les documents administratifs.

La protection du droit au secret des affaires et le principe de la libre concurrence impose ainsi de distinguer entre les éléments communicables aux tiers et ceux qui ne le sont qu'aux personnes concernées par ces mentions (A).

Particulièrement, en matière de commande publique, le juge doit trouver un équilibre entre une obligation de principe, la transparence des procédures, et des dérogations qui visent à garantir la protection du secret industriel et commercial.

Un contentieux mérite toutefois une attention particulière : celui qui porte précisément sur le caractère communicable ou non des documents de la consultation.

Le droit au secret des affaires ne peut en effet pas être opposé au juge chargé d'un tel recours qui peut ordonner la production des documents litigieux à la formation chargée de l'instruction de l'affaire, sans toutefois communiquer ces pièces au requérant (**B**).

#### A. Les documents protégés par le secret des affaires

La protection du secret des affaires ressort tant de textes communautaires que de la loi du 17 juillet 1978.

L'article 41 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 pose, en ce sens, le principe selon lequel les pouvoirs adjudicateurs ont l'obligation de respecter le caractère confidentiel de toutes les informations données par les opérateurs économiques.

Et, l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne précise également que « *Toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions et organes de l'Union. Ce droit comporte notamment (...) le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne, dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires* ».

Par ailleurs, l'article 6-II de la loi du 17 juillet 1978 modifiée par l'ordonnance n°2005-650 du 6 juin 2005 dispose que : « *ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs dont la communication porterait atteinte à la protection de la vie privée, au secret médical et au secret en matière commerciale et industrielle (...)* ».

En matière de commande publique, ces principes trouvent une traduction particulière du fait de l'omniprésence d'informations dont la communication peut porter une atteinte soit au secret en matière industrielle et commerciale, soit à la libre concurrence.

C'est pourquoi, les juges et la CADA considèrent que, même après la signature du contrat, la plupart des documents de la consultation ne sont pas communicables ou appellent un traitement différencié en fonction de la qualité du candidat concerné - attributaire du contrat ou candidat évincé.

- S'agissant des documents non communicables car systématiquement ouverts par le secret des affaires

La CADA distingue ainsi entre deux types d'informations entièrement couvertes par le secret en matière commerciale et industrielle : celles liées aux moyens techniques et humains du candidat et celles qui révèlent un savoir faire ou une technicité particulière.

Parmi les premières, ne peuvent être communiquées car protégées par le secret des affaires les informations suivantes : les coordonnées bancaires des entreprises (conseil CADA n°20062914 du 11 juillet 2006), toutes les mentions relatives à leur chiffre d'affaires, celles relatives au choix des technologies (avis CADA n° 20081426 du 3 avril 2008), aux investissements matériels et au nombre de personnes employées ou affectées à chaque tâche (conseil CADA n° 20074761 du 6 décembre 2007), ou encore au plan de financement ou à l'actionnariat (avis CADA n°20070967 du 8 mars 2007).

En ce qui concerne la seconde catégorie d'informations relatives au savoir faire, ne sont en principe pas communicables les mémoires techniques des candidats (avis ADA 20090080 du 15 janvier 2009), les informations relatives à la stratégie financière et technique du candidat intéressé, ou celles qui reflètent le montage juridico-financier mis au point par le candidat (pour un contrat de PPP, avis CADA n° 20072630 du 8 novembre 2007, et pour une DSP, avis n° 20081426 du 3 avril 2008).

- S'agissant des informations qui appellent un traitement différencié entre l'attributaire du contrat et les autres candidats

Certaines informations appellent, par ailleurs, un traitement différencié en fonction de la qualité du candidat : il s'agit de celles concernant l'attributaire du contrat et qui ont trait à son offre de prix et aux notes et appréciations portées sur sa candidature et son offre.

Concernant l'offre de prix, la jurisprudence rappelle, de manière constante, que cette information est communicable à toute personne. En outre, l'offre de prix détaillée du candidat retenu - c'est-à-dire ses propositions de prix, qu'il s'agisse de son offre de prix global, du bordereau des prix unitaires ou du détail estimatif des prix -, l'est également, sous réserve toutefois du respect de la libre concurrence.

C'est en ce sens que dans un arrêt récent du 16 novembre 2009, le Conseil d'Etat, saisi d'un pourvoi, a considéré que la communication du rapport d'analyse des offres n'a pas de conséquence sur la concurrence entre les sociétés candidates, dès lors que cette communication intervient après l'attribution du marché et donc *a fortiori* après la sélection des offres (CE, 16 novembre 2009, *Région Réunion*, n°307620).

Toutefois, il convient de bien noter que la communication de ces documents est possible sous réserve qu'elle ne porte pas atteinte au principe de libre concurrence (CE, 20 octobre 2006, *Syndicat des eaux de la Charente-Maritime*, n°278601).

A cet égard, la CADA a rappelé que « *les procès verbaux et les rapports de la commission d'appel d'offres relatifs à l'analyse et au classement des offres et au choix de l'attributaire sont communicables, sauf pour ce qui concerne les mentions couvertes par le secret industriel et commercial, qui doivent être occultées* » (CADA, avis n°20074116 du 25 octobre 2007).

Et, le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 20 octobre 2006 précité a considéré que la syndicat ne pouvait pas communiquer, pour justifier du rejet de la candidature de l'entreprise demanderesse, la copie du rapport d'analyse des offres car elle portait atteinte aux intérêts commerciaux légitimes des concurrents.

Et, pour apprécier si la communication de telles informations relatives au cocontractant de l'acheteur public serait contraire au principe de libre concurrence, la CADA a adopté une méthode claire : elle analyse le caractère répétitif du marché c'est-à-dire la probabilité que même marché, ou un autre portant sur une même catégorie de biens ou de services fasse l'objet d'une nouvelle mise en concurrence à intervalles rapprochés (conseil CADA n°20092286 du 2 juillet 2009 s'agissant de la communication des bordereaux de prix unitaires des attributaires de marchés publics de travaux).

Pour cela, la CADA examine le caractère répétitif du marché au regard de la durée totale du marché, périodes de reconduction comprise et la nature du marché ou encore la catégorie de services ou de biens concernés.

En définitive, la notion de secret des affaires est une notion à « *géométrie variable* » (*cf.* commentaire de Catherine Prebissy-Schnall sous cet arrêt du Conseil d'Etat) dont l'appréciation dépend de nombreux paramètres.

Le juge dispose ainsi du pouvoir d'arbitrer entre d'une part, le principe d'accessibilité des informations et d'autre part, celui du droit au secret des affaires, en fonction du contexte dans lequel s'inscrit le document et notamment du stade de la passation du contrat.

La communication d'un document ne dépend donc pas de la volonté de l'acheteur public ni de celle des soumissionnaires mais bien de la volonté du juge qui peut même décider, dans un litige portant sur le caractère communicable d'un document, de ne transmettre ces documents qu'à la formation de jugement.

## B. Procédure au fond : la production de documents dont le caractère communicable est l'objet du litige

Il est acquis que le juge administratif dispose, en vertu de ses pouvoirs inquisitoriaux, de la faculté d'ordonner aux parties de lui fournir, dans un délai déterminé, des documents (CE, 1<sup>er</sup> mai 1936, *Couespel et Mesnil* et CE, Ass., 28 mai 1954, *Barel et autres*).

Toutefois, le juge détient, du fait du caractère inquisitorial de la procédure, un pouvoir indépendant pour décider de donner une suite favorable ou non à la demande de communication des documents, en fonction de l'atteinte portée au droit au secret des affaires.

A ce titre, le juge peut demander aux parties à l'instance, et notamment à l'acheteur public, la production, dans un délai déterminé, de tous documents susceptibles d'établir sa conviction, à la formation chargée de l'instruction de l'affaire, sans communiquer cette pièce au requérant.

Il convient toutefois de noter que cette hypothèse concerne le cas où le juge du fond est saisi d'une demande de communication de documents au sujet de laquelle le requérant a préalablement saisi la CADA.

C'est ce que rappelle le Garde des Sceaux dans plusieurs réponses ministérielles (Réponses aux Q. n°92988, JOAN du 13 juin 2006, Q. n°22919, JO Sénat 15 juin 2006) ainsi que la jurisprudence de manière constante.

Récemment, le Conseil d'Etat a, en ce sens, jugé « *qu'il appartient au juge administratif de requérir des administrations compétentes la production de tous les documents nécessaires à la solution des litiges qui lui sont soumis à la seule exception de ceux qui sont couverts par un secret garanti par la loi ; que si le caractère contradictoire de la procédure exige la communication à chacune des parties de toutes les pièces produites au cours de l'instance, cette exigence est nécessairement exclue en ce qui concerne les documents dont le refus de communication constitue l'objet même du litige ;* » (CE, 24 novembre 2010, *Ministre du budget*, n°320571).

Cette procédure n'est pas sans poser d'interrogations quant au respect du principe du contradictoire de la procédure qui exige la communication à chacune des parties de toutes les pièces produites à l'instance qui servent de fondement à sa décision (CE, 28 mai 2001, *Société Codiam*, n°230692).

En conclusion, il apparaît qu'avant la signature du contrat seuls sont communicables les documents détachables de la procédure de passation du contrat dont on sait qu'ils ne permettent guère de démontrer la violation d'une obligation de publicité ou de mise en concurrence.

Partant, un acheteur public saisi d'une demande de communication des documents de la consultation n'a pas grand chose à craindre de l'introduction d'un référé précontractuel par le candidat dont il n'aurait pas satisfait la demande.

Toutefois la création, par l'ordonnance du 7 mai 2009, d'une nouvelle voie de recours après la signature du contrat pourrait remettre en cause ce constat favorable aux acheteurs publics dans la mesure où le juge dispose, dans le cadre de cette procédure, introduite après la signature du contrat, du pouvoir d'injonction de communiquer les documents de la consultation.

## **Les juges et la suspension des procédures et des contrats pendant la durée de l'instance**

La multiplication des possibilités de recours, l'inflation des dispositions législatives et réglementaires applicables aux contrats de la commande publique rendent, depuis ces dernières années, le contentieux de la passation de la commande publique particulièrement délicat à appréhender.

Or, la suspension juridictionnelle des procédures et des contrats représente un des aspects stratégiques importants pour les parties, et plus particulièrement pour les candidats lésés par la passation et/ou l'attribution du contrat.

En effet, l'effectivité d'un recours engagé par un candidat évincé – dont on sait qu'elle est particulièrement encouragée par le droit communautaire –, visant l'annulation du contrat, dépend nécessairement de la possibilité pour le juge d'en suspendre la signature ou l'exécution.

A cet égard, il convient d'emblée de noter – sans toutefois s'y attarder – que le Préfet dispose, en vertu des articles L.2131-6, L. 3132-1 et. 4142-1 du Code général des collectivités territoriales de la possibilité d'assortir son déféré d'une demande de suspension, tant en matière de marchés publics que de délégations de service public.

Cette requête a un effet suspensif si elle est formée dans les dix jours de la réception de l'acte contesté et la demande de suspension sera accueillie si l'un des moyens invoqués par le Préfet est de nature à faire naître un doute sérieux sur la légalité de l'acte.

S'agissant des recours engagés par des candidats à l'attribution des contrats de la commande publique, l'ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009 *relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique* constitue un apport important à ce type de contentieux puisqu'elle a, d'une part, modifié le régime du référé précontractuel et, d'autre part, institué une nouvelle voie de recours : le référé contractuel.

Et, s'agissant des pouvoirs de suspension des juges administratifs, cette ordonnance les a complétés et les a renforcés puisque désormais la saisine du juge du référé précontractuel emporte la suspension automatique de la procédure de passation et que le juge du référé contractuel peut suspendre le contrat conclu à la demande du requérant.

La suspension juridictionnelle des procédures (I) et celle des contrats de la commande publique (II) a donc été considérablement renforcée ces dernières années.

### **1 LA SUSPENSION JURIDICTIONNELLE DES PROCEDURES**

Avant la signature du contrat, deux juges sont susceptibles d'intervenir dans le contentieux de la passation du contrat :

- le juge du référé précontractuel qui peut être saisi, en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, aux fins de suspendre, voire d'annuler la procédure en cours ;
- le juge de l'excès de pouvoir saisi, par tout tiers y ayant intérêt, d'un recours contre les actes détachables du contrat.

Toutefois, seul le juge des référés précontractuels dispose du pouvoir de suspendre la procédure de passation du contrat en cours.

Et on observera à cet égard que le pouvoir de suspension du juge des référés précontractuels a été progressivement renforcé par les textes, et notamment par l'ordonnance du 7 mai 2009 (A).

Certaines limites au pouvoir de suspension du juge du référé précontractuel persistant toutefois, les juges ont développé une jurisprudence de nature à garantir l'effectivité de ce pouvoir (B).

### **A. Le renforcement progressif du pouvoir de suspension du juge du référé précontractuel**

La loi n°92-10 du 4 janvier 1992 a institué une procédure de référé permettant d'obtenir, avant la signature du contrat, la suspension ou l'annulation de la procédure d'un contrat de la commande publique : le référé précontractuel, prévu à l'article L. 551-1 Code de justice administrative (CJA).

Par ailleurs, la loi du 30 juin 2000 a offert au juge du référé précontractuel la possibilité d'enjoindre aux parties de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure, et ce pour une durée maximum de 20 jours.

Toutefois, en vertu d'une jurisprudence constante, les pouvoirs du juge du référé précontractuel prennent fin à la signature du contrat (CE, 28 décembre 2001, *M. Lacombe*, n°223047). La signature du contrat ayant pour effet de rendre irrecevable la saisine du juge du référé précontractuel (CE, Section, 3 novembre 1995, *CCI Tarbes et des Hautes Pyrénées*, n°157304), elle ferme ainsi la voie de la suspension juridictionnelle devant ce juge du référé précontractuel.

En conséquence, le pouvoir d'injonction de différer la signature du contrat, qui était pourtant systématiquement mis en œuvre par le juge du référé précontractuel, n'était pas efficace car il n'empêchait pas la « course à la signature » du contrat par les acheteurs publics ; et ce, même si certains juges des référés adoptaient une position originale en considérant que lorsque la signature intervenait après l'injonction de la différer, elle était inexistante (TA Cergy Pontoise, 19 février 2007, n°07000959, *Société Revsols*).

L'ordonnance du 7 mai 2009, en conférant au référé précontractuel un caractère suspensif, est donc venue pallier les faiblesses de la procédure antérieure qui consistait à rendre sans objet le référé précontractuel.

Désormais, l'article L. 551-2 du Code de justice administrative énonce que « *Le juge 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.* ».

On notera ainsi que, comme en matière de référé suspension et, désormais, de référé contractuel, le nouveau texte issu de l'ordonnance du 7 mai 2009 introduit cependant une limite au pouvoir du juge : ce dernier peut, en effet décider de ne pas exercer son pouvoir de suspension 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 » (article L. 551-2 du CJA).

Par ailleurs, les articles L. 551-4 et L. 551-9 du Code de justice administrative prévoient ainsi que le contrat ne peut être signé, à compter de la saisine du tribunal administratif et ce jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle.

Ces articles disposent ainsi que « *le contrat ne peut être signé à compter de la saisie du Tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur [ou à l'entité adjudicatrice] de la décision juridictionnelle* ».

Ce délai vient compléter le délai de *standstill* prévu par l'article 80 du Code des marchés publics qui impose à l'acheteur public de suspendre la signature du contrat, pendant 16 ou 11 jours à compter de la communication de la décision d'attribution du marché (en fonction des moyens de communication : courrier ou courriel) afin de permettre aux soumissionnaires d'engager, le cas échéant, une procédure de recours.

Toutefois, malgré le caractère suspensif du référé, la signature du contrat pendant l'instance continue à rendre sans objet la saisine du juge du référé précontractuel ; le Code de justice administrative prévoyant en outre que l'exercice du référé précontractuel et du référé contractuel est exclusif l'un de l'autre (*cf.* article L. 551-14 du CJA).

Les juges administratifs ont donc développé, ces dernières années, une jurisprudence visant à pallier ces défaillances procédurales et garantir ainsi l'effectivité du pouvoir de suspension du juge du référé précontractuel ; dans la droite ligne du droit communautaire qui impose aux Etats membres de garantir l'effectivité et l'utilité des recours juridictionnels.

## **B. L'effectivité du pouvoir de suspension du juge du référé précontractuel garanti par la jurisprudence**

Comme indiqué *supra*, la signature du contrat a pour effet de fermer la voie de la suspension juridictionnelle devant le juge du référé précontractuel.

Toutefois, l'article L. 551-14 du Code de justice administrative admet désormais qu'un requérant puisse engager un référé contractuel à la suite d'un référé précontractuel rendu irrecevable par la signature du contrat, dans deux hypothèses :

- lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 du CJA ou à l'article L. 551-9 du CJA et,
- lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours.

Cela signifie donc que lorsqu'un acheteur public passe outre le pouvoir de suspension de la procédure du juge du référé précontractuel, le requérant peut faire sanctionner cette violation devant le juge du référé contractuel.

Le Conseil d'Etat a en ce sens admis, dans son arrêt *France Agrimer*, du 10 novembre 2010 la recevabilité d'un référé contractuel introduit par un concurrent évincé qui avait antérieurement présenté un référé précontractuel alors qu'il ignorait le rejet de son offre et la signature du marché (CE, 10 novembre 2010, *France Agrimer*, n°340944).

Pour mémoire, on rappellera que, dans cet arrêt, la société requérante qui avait mesuré que son recours exercé sur le fondement de l'article L. 551-1 du CJA n'avait aucune chance de prospérer – le contrat ayant été signé en cours d'instance – a alors produit un nouveau mémoire dans lequel

elle a saisi le juge d'une demande d'annulation des marchés publics litigieux, sur le fondement de l'article L. 551-13 du CJA cette fois.

En conséquence, le Conseil d'Etat a admis le principe de la succession d'un référé contractuel à un référé précontractuel, dans le cadre d'une même requête, préservant ainsi l'effet utile de ces procédures.

En outre, dans cette hypothèse, le juge des référés contractuels est tenu d'annuler le contrat si, conformément à l'article L. 551-18 du Code de justice administrative, le requérant démontre que deux conditions sont remplies : la méconnaissance de l'obligation de suspension doit avoir privé le demandeur de son droit d'exercer un référé précontractuel et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles la passation du contrat était soumise doivent avoir été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat (*cf.* TA Cayenne, 23 août 2010, *Société Travaux Publics de l'Est*, n°1000458).

Par ailleurs, l'effectivité du pouvoir de suspension du juge des référés précontractuels est garantie par une autre jurisprudence du Conseil d'Etat qui vise à reconnaître « *en principe* » la condition d'urgence attachée à l'introduction d'un référé suspension comme remplie lorsque l'acheteur public a signé un contrat en méconnaissance d'une décision du juge du référé précontractuel lui enjoignant de suspendre cette signature (CE, 6 mars 2009, *Société Biomérieux*, n°324064).

Récemment, le Conseil d'Etat a, en ce sens, réaffirmé la solution dégagée dans cet arrêt en considérant que « *la méconnaissance du caractère exécutoire d'une ordonnance du juge du référé précontractuel enjoignant de suspendre la signature d'un contrat crée en principe une situation d'urgence en raison de l'atteinte grave et immédiate qu'elle porte à un intérêt public* » (CE, 3 février 2010, Communauté de Communes de l'Arc Mosellan, n°330237).

Dans cette espèce toutefois, le Conseil d'Etat a refusé de suspendre l'exécution du marché public contesté dès lors que l'acheteur public avait signé le contrat après l'expiration du délai de suspension de 20 jours qui lui était prescrit.

Après la signature du contrat, le juge administratif dispose également du pouvoir d'enjoindre la suspension de l'exécution du contrat.

## 2 LA SUSPENSION JURIDICTIONNELLE DES CONTRATS

Une fois le contrat signé, le juge administratif dispose de deux voies pour suspendre le contrat : l'une, classique, dont le champ d'application a été considérablement étendu depuis l'arrêt *Tropic Travaux Signalisation* du 16 juillet 2007 ; l'autre, nouvellement créée par l'ordonnance du 7 mai 2009.

L'ordonnance du 7 mai 2009 a en effet mis en place un nouveau régime de suspension du contrat administratif, en conférant au juge du référé contractuel la possibilité de suspendre l'exécution d'un contrat (B).

Cette nouvelle voie juridictionnelle de suspension des contrats de la commande publique intervient, dans la continuité de l'arrêt *Tropic Travaux Signalisation*, qui a ouvert à tout candidat évincé la possibilité, sur le fondement de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative, de

demander la suspension du contrat signé dans le cadre de son recours en contestation de validité (A).

### **A. Le pouvoir de suspension du juge du référé suspension**

Le juge des référés dispose, depuis la loi n°2000-597 du 30 juin 2000, du pouvoir d'ordonner la suspension d'une décision administrative, même de rejet, ayant fait l'objet d'un recours en annulation ou en réformation « *lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision* » (article L. 521-1 du Code de justice administrative).

Avant l'arrêt *Tropic Travaux Signalisation*, tout tiers intéressé était donc recevable à demander la suspension d'un acte détachable du contrat, sur le fondement de cet article L. 521-1, dans le cadre de son recours pour excès de pouvoir ; le Conseil d'Etat ayant, en outre, considéré que l'exercice d'un référé précontractuel n'était pas exclusif de l'utilisation de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative, à condition pour le « *requérant, dès lors que ces deux demandes sont présentées, instruites et jugées selon des procédures distinctes, de préciser celle des deux procédures qu'il entend mettre en œuvre, sans pouvoir les présenter simultanément dans une même requête* » (CE, 29 juillet 2002, *Ville de Nice c/. SARL Loisirs et innovations*, n°243686).

Toutefois, la signature du contrat avait pour effet de fermer cette voie de suspension juridictionnelle dans la mesure où la signature du contrat rendait « sans objet » les requêtes dirigées contre les actes détachables, ces derniers étant « *réputés entièrement exécutés du fait de la conclusion du contrat* » (CE, 27 novembre 2002, *Région Centre*, n°248050).

Dans l'arrêt *Tropic Travaux Signalisation*, le Conseil d'Etat a ouvert la possibilité à tout candidat évincé d'un contrat de la commande publique de former, accessoirement à son recours en contestation de validité, une demande de suspension du contrat sur le fondement de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative.

Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a en effet précisé que la « *requête contestant la validité d'un contrat peut être accompagnée d'une demande tendant (...) à la suspension de son exécution* ».

Pour que cette demande de suspension soit favorablement accueillie par le juge du référé suspension, le requérant doit toutefois établir que sont satisfaites les deux conditions suivantes : l'urgence et le doute sérieux quant à la légalité du contrat.

Or, c'est souvent sur ces deux conditions de fond, et particulièrement sur celle de l'urgence, qu'échoue la demande de suspension en matière de contrat.

Le juge des référés considère en effet que « *la condition d'urgence à laquelle est subordonnée le prononcé d'une mesure de suspension doit être regardée comme remplie lorsque la décision administrative contestée ou l'exécution du contrat litigieux préjudicient de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre ; qu'il en va ainsi, alors même que cette décision ou l'exécution du contrat en cause n'aurait un objet ou des répercussions que purement financiers et que, en cas d'annulation, ses effets pourraient être effacés par une réparation pécuniaire ; qu'il appartient cependant au juge des référés, saisi d'une demande tendant à la suspension d'une telle décision ou d'un tel contrat, d'apprécier concrètement, compte tenu des justifications fournies par le requérants, si els effets de celle-ci sur la situation de ce dernier ou, le cas échéant, des personnes concernées, sont de*

*nature à caractériser une urgence justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue* » (ordonnance TA Châlons-en-Champagne, 28 août 2008, *CBIC c/. ANPE*).

Les juges administratifs se livrent donc à une appréciation concrète, au cas par cas, de l'urgence à suspendre un contrat de la commande publique.

Et le plus souvent, ils rejettent la demande de suspension des candidats évincés sur le fondement de cette condition de l'urgence.

Une brèche a toutefois été ouverte par le Conseil d'Etat dans son arrêt *Biomérieux* du 6 mars 2009, dans lequel, comme indiqué *supra*, il a reconnu que l'urgence était « *en principe* » démontrée lorsque le pouvoir adjudicateur a méconnu l'obligation de suspension du juge du précontractuel (CE, 6 mars 2009, *Biomérieux*, n°324064).

Néanmoins, dans un arrêt récent du Tribunal administratif de Nice (TA Nice, 15 mars 2010, *Société RICOH France*, n°100070), les juges ont refusé de suspendre un marché que l'acheteur public avait pourtant signé en méconnaissance de l'injonction que le juge du référé précontractuel lui avait fait de surseoir à la signature du contrat, en raison de l'impossibilité pour le service public de l'éducation de fonctionner sans ce marché.

Le juge du référé suspension doit donc, lui aussi, trouver un juste équilibre entre, d'une part, l'urgence qu'il y a pour le candidat évincé à suspendre l'exécution du contrat et, d'autre part, l'intérêt général et la continuité du service qui impose la poursuite du contrat.

En définitive, la condition d'urgence, rarement démontrée dans le cadre d'un référé suspension engagé à l'encontre d'un contrat de la commande publique, privait les candidats évincés de la possibilité d'obtenir la suspension de ce contrat, une fois signé.

Pour pallier cette situation insatisfaisante, l'ordonnance du 7 mai 2009 a conféré à un nouveau juge, le juge du référé contractuel, le pouvoir de suspendre l'exécution des contrats.

## **B. Le pouvoir de suspension du juge du référé contractuel**

L'ordonnance du 7 mai 2009 a ouvert une nouvelle voie de suspension juridictionnelle des contrats de la commande publique : celle du référé contractuel.

Le juge du référé contractuel se voit en effet attribuer, en vertu de l'article L. 551-17 du Code de justice administrative, un pouvoir de suspension de l'exécution des contrats pour la durée de l'instance.

Cet article dispose ainsi que « *Le président du tribunal administratif ou son délégué peut suspendre l'exécution du contrat, pour la durée de l'instance, 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 cette mesure pourraient l'emporter sur ses avantages* ».

Le juge du référé contractuel dispose donc de la possibilité de suspendre l'exécution du contrat, dont on peut raisonnablement penser qu'elle se transformera en une obligation en présence d'un éventuel vice d'invalidité du contrat.

Or, l'ordonnance détermine limitativement les cas dans lesquels l'annulation du contrat peut ou doit être prononcée, elle détermine donc ainsi la marge de manœuvre dont dispose le juge saisi d'une demande de suspension.

On peut ainsi imaginer que « *lorsqu'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 dans le cas où une telle publication est prescrite* », « *lorsqu'ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique* », et surtout lorsque le contrat a été signé alors que la procédure était suspendue devant le juge du référé précontractuel 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* », le juge prononcera la suspension.

Le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 19 janvier 2011, a en ce sens rappelé que l'annulation – et donc la suspension – d'un marché à procédure adaptée ne pouvait être prononcée que si le pouvoir adjudicateur n'avait pas respecté « *la suspension de signature du contrat prévue aux articles L. 551-4 ou L. 551-9 du code de justice administrative ou n'a pas respecté la décision juridictionnelle rendue sur le référé précontractuel* » (CE, 19 janvier 2011, *Société Grand Port Maritime du Havre*, n°343435).

Il semble donc – et c'est du moins une interprétation stricte du texte qui a été retenue par les premières jurisprudences en la matière – que les pouvoirs du juge du référé contractuel, et notamment son pouvoir de suspension de l'exécution du contrat aient été limités à ces trois hypothèses de nullité du contrat.

Par ailleurs, on notera que l'article L. 551-17 du CJA apporte une autre restriction à ce pouvoir de suspension en prévoyant que le juge du référé contractuel peut suspendre le 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 cette mesure pourraient l'emporter sur ses avantages* ».

Une fois encore, le juge devra opérer un bilan entre les avantages et inconvénients de la suspension du contrat et trouver en ce sens un équilibre entre la nécessité d'interrompre l'exécution de certains contrats et l'impératif de stabilité des relations contractuelles et de continuité du service public, s'agissant plus particulièrement des contrats de délégation de service public.

En conclusion, les candidats évincés à la passation des contrats de la commande publique disposent d'une palette de recours dans lesquels les juges sont dotés du pouvoir de suspendre la procédure de passation du contrat, voire son exécution.

Ces pouvoirs ont été récemment renforcés par l'ordonnance du 7 mai 2009 et par la jurisprudence qui a suivi l'entrée en vigueur de ces dispositions.

En pratique, les juges gardent toutefois un pouvoir d'appréciation leur permettant de mesurer l'opportunité de suspendre ou non la passation ou l'exécution d'un contrat.

### 3<sup>e</sup> PARTIE

## Aspects tactiques des procédures

### *Concurrence des requérants, des procédures et des décisions*

**Frédéric ROLIN**

Professeur à l'université Paris-Ouest Nanterre la Défense, avocat au barreau de l'Essonne

Si j'avais voulu traiter exactement le sujet qui m'était donné, j'aurais pu non seulement me référer aux intervenants précédents, mais aussi au numéro de la RFDA qui vient de sortir dans lequel un article sur le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels et qui présente la diversité des contentieux. Je voudrais donc essayer de réfléchir de façon plus générale sur cette concurrence des requérants, des procédures et des décisions. Etudier le pourquoi et le comment. Et esquisser des pistes de solutions.

Cette réflexion peut partir d'un point de départ très simple. Si nous avons comme préoccupation les actes administratifs unilatéraux, ce sujet serait étonnant. Pourquoi plusieurs recours, pourquoi plusieurs juges, pourquoi des pouvoirs différents selon les juges ? Dans le contentieux de l'acte unilatéral il existe un recours pour excès de pouvoir ou pour exercice de pleine juridiction lorsque le texte l'a prévu. Le cas échéant il peut être suivi d'un recours en indemnisation assorti éventuellement d'une demande de référé. Le contentieux administratif se trouve ici dans son épure classique. Dans le contentieux contractuel, nous constatons au contraire la fabrication d'une multitude de recours de nature différente avec des objets différents, avec des juges différents parfois le même juge mais avec des pouvoirs différents. La cause de cette situation de complexité est difficile à percevoir. Pourquoi ce n'est pas comme dans le contentieux de l'acte unilatéral ? Pourquoi avoir inventé ces juges, pourquoi avoir inventé ces procédures, pourquoi avoir distingué ces requérants ? Dans un contentieux d'acte administratif unilatéral, que vous soyez la personne qui n'a pas obtenu la licence, un contribuable local ou le voisin de la construction vous êtes traité de la même manière. Pourquoi ces spécialisations de requérant, de procédure et d'action ? Sans réponse définitive, je peux émettre quelques hypothèses.

#### **Hypothèse fondée sur la nature de l'acte**

Si le juge administratif a fabriqué toutes ces procédures, à l'exception des référés issus du droit communautaire cela témoigne peut-être de sa difficulté culturelle à appréhender la nature consensuelle et contractuelle du contrat. Cette difficulté le conduit à adopter sur un certain nombre de points des positions singulières qui conduisent à devoir gérer des contentieux de manière complexe.

- Il existe des recours ou des parties de recours qui miment les recours dirigés contre des actes administratifs unilatéraux. Le recours de l'arrêt *Martin*, le recours en annulation dirigé contre l'acte détachable imite le recours pour excès de pouvoir contre un acte administratif unilatéral. Si ce n'est que parmi les vices, il y aura ceux tenant à la validité ou non validité du contrat.
- Le recours contre les clauses réglementaires mime lui aussi le recours en annulation contre un acte administratif unilatéral. Sauf que si on y réfléchit bien, enlever une clause réglementaire (tarif, condition d'exécution du service) n'a pas de sens. Le contrat ne peut pas fonctionner sans ces clauses. L'arrêt de M. Késil??? qui obtient l'annulation de la

clause qui fixe le tarif de sa redevance d'ordure ménagère, le contrat ne peut pas fonctionner, car son équilibre est rompu. Le mimétisme du contentieux de l'annulation de l'acte administratif unilatéral débouche sur des situations complexes en contentieux contractuel.

- Le juge utilise parfois les outils du contentieux de l'acte unilatéral pour parvenir à des situations spécifiques en contentieux contractuel : l'arrêt *Tropic* en est une illustration. On invente un contentieux spécifique, on n'ose pas l'appeler recours en annulation en appréciation de la validité du contrat mais on lui donne des pouvoirs d'annulation, de réformation, de modification qui s'exercent à l'égard d'un acte qui sont difficiles dans un contrat parce que le juge ne peut se mettre à la place des contractants. Le juge ne peut pas refaire le contrat à la place de ceux dont la volonté est sensée avoir créé le lien de droit.
- Parfois aussi, le juge administratif surjoue l'importance du contrat. Dans l'arrêt *Tropic*, parmi les cas dans lesquels le juge pourra mettre en œuvre les pouvoirs spécifiques qu'il détient — limités par rapport aux pouvoirs de constater la nullité ou de l'annulation — il a celui de préserver les droits des cocontractants. Dans cette situation on garantit des droits mystérieux, puisque la validité du contrat est mise en cause, et dans un raisonnement circulaire on n'annule pas le contrat pour préserver les droits des cocontractants. Si le contrat est nul, le droit des cocontractants n'existe pas. Le Conseil d'Etat fait jouer ici un rôle supérieur au droit des cocontractants qui n'a pas d'existence puisque le contrat n'a pas été légalement formé.
- L'arrêt *ville de Béziers* est un autre exemple de la liberté prise par le Conseil d'Etat avec les concepts civilistes et le code du droit civil à propos de la loyauté contractuelle. En droit privé elle sert à permettre d'engager la responsabilité de celui qui se comporte de manière déloyale parce qu'il ne s'est pas comporté de bonne foi dans la phase de formation du contrat. Devant le Conseil d'Etat, la loyauté contractuelle devient un mécanisme inverse qui vise à interdire de censurer le contrat, utilisation à rebours de celui que l'on trouve en droit civil. Le Conseil d'Etat maîtrisant mal la logique contractuelle en tord les concepts.

Le Conseil d'Etat semble avoir du mal à maîtriser la nature pleinement contractuelle du contrat. Peut-être, parce que le contrat administratif n'est pas pleinement un contrat. Dans ce cas, il faudrait raisonner dans cette logique là.

### **Hypothèse fondée sur la finalité des recours**

Leur principale caractéristique est d'obéir à des finalités différentes. C'est ce qui a été justifié comme argument dans leur présentation ce matin. Or c'est la finalité du recours qui va permettre de construire sa nature, les pouvoirs exercés, et qui peut les exercer.

- La première finalité que l'on trouve dans ces contentieux contractuels est celle du recours dirigé contre l'acte détachable. Pourquoi ce recours dirigé contre un acte détachable est-il regardé comme recevable par le Conseil d'Etat dans les conditions de l'arrêt *Martin*, c'est-à-dire avec une étanchéité par rapport au contrat ? Ce recours contre l'acte détachable est connu depuis 1830, de nombreux arrêts du Conseil d'Etat annulent des procédures d'adjudication irrégulière. Des conclusions de Léon Aucoc indiquent clairement que l'annulation de l'adjudication emporte la nullité du contrat. Si l'adjudication était nulle, le contrat qui s'ensuit est nul, le lien bijectif est entièrement établi. Dans l'arrêt *Martin*, le commissaire du Gouvernement Romieu indique dans ses conclusions : « *L'annulation de l'acte pour excès de pouvoir restera platonique, mais elle aura pour avantage de dire le droit, de ne pas fermer le prétoire aux citoyens, de censurer l'illégalité, d'éclairer l'opinion publique et de prévenir le recours de pratique condamné.* » L'objectif de ce recours est double. D'abord c'est un recours à visée pédagogique à l'égard de

l'administration. Dire à l'administratif de manière presque consultative ce qu'elle n'a pas le droit de faire, cela a été jugé une fois, ne recommencez pas. Il s'agit de régler les bonnes pratiques administratives. Ce recours est, en second lieu, de nature politique. Il donne l'accès des citoyens au juge comme le droit de pétition devant les assemblées. Le citoyen a le droit de réclamer, d'obtenir la censure de l'illégalité sans que l'exécution du contrat ne soit atteinte. La logique de l'arrêt *Martin* n'est compréhensible qu'en le considérant comme un recours pédagogique et politique. Cette double finalité explique pourquoi depuis 1986-1987, avec les arrêts sur la télévision privée, le recours contre l'acte détachable devenu un recours juridique avec la tentation d'essayer de rattraper la nullité du contrat ne peut pas aboutir. Ce n'est pas le but de ce recours. La double séquence, annulation de l'acte détachable puis tentative de démontrer la nullité du contrat avec des vices plus ou moins proches ou lointains, les vices intimes du contrat, les vices contre la procédure qui retentissent sur le contrat... ne fonctionne pas. Il n'est pas possible de passer de l'annulation de l'acte détachable à un débat sur l'annulation du contrat. Ou bien l'homothétie est pure l'invalidité de la procédure égale l'invalidité du contrat, ou bien la frontière est étanche. Toutefois, les solutions intermédiaires ne fonctionnent pas. Ce contentieux de l'acte détachable ne pourra fonctionner qu'en lui rendant sa véritable nature ou en modifiant profondément la procédure.

- La seconde est la justification ordo-libérale des référés précontractuels, accessoirement contractuels, organisée par la directive recours. Le but de cette directive recours est de faire assurer par les entreprises concurrentes évincées le respect des règles de publicité et de mise en concurrence en agissant au travers de leur intérêt égoïste. Comme le lapin qui s'agite plus on sert le collet, plus elles attaquent, plus elles développent le régime du contrôle de la publicité et de la mise en concurrence, plus elles précisent les concepts, plus elles permettent de définir les concepts qui s'imposent aux administrations dans le cadre de ces procédures. En agissant de manière égoïste, ces entreprises sont par nature les vecteurs de l'intérêt général et non pas accidentellement. Fondamentalement, elles ne font que défendre l'intérêt général même à leur corps défendant. Cette conception de l'ordo-libéralisme, théorie née en Allemagne après la première guerre mondiale, fait de la concurrence organisée et régulée un des mécanismes de la démocratie juridique. Les référés précontractuels ne se comprennent que comme le droit mis en œuvre par ses acteurs. Les exemples *Decaux et Clear Channel* sont une illustration des dérives possibles. Mais, la subjectivisation de l'arrêt *Smirgeomes* conduit à abandonner cette logique. Avec *Smirgeomes*, ne peut être censuré que ce qui a porté directement atteinte à ses propres intérêts, le prétoire est pratiquement vidé des ses référés précontractuels mais l'effet de contrôle presque systématique — sans aller bien évidemment jusqu'au défaut de virgule — des obligations de publicité et mise en concurrence est perdu qui avait valeur d'exemple et amenait l'administratif à modifier ses pratiques et analyses. Après trois années de référés précontractuels, les dossiers étaient montés différemment, l'outil avait bien rempli son œuvre.
- Enfin, il y a la justification des droits des différentes parties. Le contentieux contractuel est d'abord un contentieux des droits de l'exécution, de la responsabilité, du paiement, de la bonne exécution. Ce contentieux de droit fondamentalement subjectif ne peut fonctionner que dans un cadre de plein contentieux, il ne peut pas fonctionner avec un contentieux *Tropic*. On ne sait pas ce que le juge va faire, va-t-il modifier une clause, faire un effet différé ? Quelle indemnité peut-on demander tant que le juge n'a pas statué ? Aucune liaison ne peut s'opérer entre le contentieux de la validité et le contentieux des droits contractuels.

Les différences profondes entre les finalités et les justifications de ces différents recours les ont fondamentalement façonnés.

## La déconstruction

Le juge administratif par l'intermédiaire du Conseil d'Etat s'est saisi de tous ces instruments, a tout mélangé dans un gigantesque shaker et ressort au fur et à mesure des besoins tel bout d'outil, tel bout d'instrument, tel délai, tel requérant et essaie de les assembler dans des constructions que ne démentirait pas le docteur Frankenstein. Hormis pour le référé précontractuel issue de la directive recours, le droit des recours, le régime de recevabilité des recours, le pouvoir des juges ont été définis entièrement par le Conseil d'Etat. Quand il ne l'a pas fait dans sa jurisprudence, il l'a écrit dans le Code de justice administrative. Dans l'arrêt *Tropic* ou une disposition Code de justice administrative, la différence tient à la chose jugée, l'auteur est le même et la mécanique réglementaire est identique. Je regrette que le représentant du Conseil d'Etat ne soit plus là pour m'entendre, mais le constructivisme jurisprudentiel, cette logique d'apprenti-sorcier est digne de Paul Duquin mis en images par Walt Disney, on prend un balai, on le coupe en morceaux et à la fin on est débordé par les balais. Les quelques principes fondamentaux qui, sans être parfaits, fonctionnaient de manière cohérente, ont été transformés en une armée de recours non maîtrisée. Face à ce constructivisme, le Conseil d'Etat, comme le Mickey de Walt Disney, est dépassé. L'arrêt *Grand Port maritime du Havre*, l'arrêt *ville de Béziers*, l'arrêt *Smirgeomes*, l'arrêt *communauté d'agglomération de Lens-Liévin* n'ont plus qu'une logique de robinetterie avec les mots fermeture, ouverture, gestion. On ouvre, on ferme, on tord un concept, on en détord un autre, on régule le contentieux. Où en est la jurisprudence dans cette matière ? N'arrivant plus à maîtriser ses créatures elle est conduite à jouer un rôle régulateur des flux contentieux devenu une problématique importante pour la détermination des règles de droit contentieux. La remise en cause de toutes ses justifications traditionnelles, le refus de les comprendre nous mène à cette situation. L'arrêt *ville de Béziers*, par exemple, fabrique la notion de loyauté contractuelle. Il interdit aux cocontractants et à l'administration de se prévaloir des vices de légalité externe (de procédure et de publicité) pour tenter de démontrer que le contrat était nul. Cette loyauté contractuelle est celles des parties et non celle des tiers. Lorsque le recours est engagé par des tiers la notion de loyauté contractuelle n'existe pas, les règles de publicité et de mise en concurrence peuvent continuer d'être mises en avant pour justifier la nullité du contrat, en revanche ce n'est pas possible dans un contentieux des parties. A ce degré d'effet juridique différent selon la nature du requérant ou selon celle de la procédure, les situations deviennent nécessairement contradictoires.

## Les pistes de solution

La situation actuelle est-elle tenable. Que faut-il espérer ? Que peut-on envisager ? La seule évolution non souhaitable serait que la situation ne change pas, que de recours en recours on continue à supprimer une voie de recours, à en ouvrir une autre, réguler un contentieux, déréguler un autre, reconnaître une recevabilité, en refuser une autre, tout ce que l'on voit régulièrement sous la plume du Conseil d'Etat. Par exemple avec l'arrêt *Grand Port du Havre*, les MAPA deviennent impossibles mais d'autres recours sont envisagés. Les stratégies de contournement, des complexités nouvelles naissent de ces situations. Continuer sur cette voie, sans vouloir penser, continuer de ne pas s'interroger sur la finalité des recours ; donc sur la construction de ces recours en fonction de la finalité envisagée, me paraît la plus mauvaise des solutions.

Quelle solution plus positive peut-on envisager ?

- La première piste de réflexion serait que le Conseil d'Etat renonce au rôle de « jurislature », d'auteur d'arrêts et de règlements qu'il s'est arrogé en matière contractuelle depuis quelques années. L'arrêt *Tropic* révèle à la fois la pointe extrême et en même temps la gêne ressentie par le Conseil d'Etat envers la solution retenue. Cet arrêt a été construit comme un décret où le Conseil d'Etat a consulté des professeurs de droit,

des avocats, des membres du ministère avant le délibéré comme une section administrative entend les commissaires du Gouvernement pour savoir quel est le projet de texte de l'administration. Le délibéré a eu lieu sur la base de ces consultations, et il a fabriqué l'arrêt *Tropic* avec sa multiplicité de pouvoirs, son double effet différé, etc. La partie réglementaire de l'arrêt *Tropic*, celle qui fixe le régime de l'action en contestation de la validité du contrat est d'ailleurs beaucoup moins bien rédigée qu'un texte législatif ou réglementaire. Que dirait-on du législateur s'il nous mettait des expressions vagues comme « *sous réserve du droit des parties* » ou « *sous réserve d'une atteinte excessive à l'intérêt général* » ? On soulignerait immédiatement la difficulté d'interpréter ce décret. On parlerait de droit mou, de droit post-moderne. Il ne s'agit pas de législateur ni du pouvoir réglementaire, mais de la réglementation de l'action dans l'arrêt du Conseil d'Etat. Cette action dans l'arrêt *Tropic* est tellement mal rédigée que personne ne sait comment la prendre. La seule réponse c'est « *on verra bien dans l'avenir* » ce qui est le contraire de la logique procédurale qui est de savoir comment on va faire en corrigeant éventuellement quelques excès mais non de laisser un cadre blanc pour imaginer ce qui se produira dans l'avenir. Dans cette matière plus que dans d'autres, le pouvoir réglementaire de fabrication d'action, que s'est arrogé le Conseil d'Etat, est insatisfaisant. Le retour au droit, fabriqué de manière traditionnelle, du droit de l'acte unilatéral préparé ou par le parlement ou par l'administration selon la répartition des compétences avec les techniques modernes, d'avis, d'appels à différentes expériences comme celles que pratique la Commission avant de rédiger ses directives recours, cette technique serait incontestablement plus satisfaisante.

- Le droit, spécialement celui des marchés publics, mais aussi le droit du partenariat et des autres types de contrat, présente la caractéristique fascinante en France, celle de la volonté de ne pas recopier les directives. Dans tous les pays de l'Union européenne, sauf l'Italie, la Grèce peut-être, le Code des marchés correspond à la directive. Les mécanismes des marchés publics des codes locaux reprennent le texte même de la directive. En France, nous procédons à la nationalisation. Nous transposons, toujours de manière biaisée, avec des stratégies visant à préserver tel ou tel type de situation, ou telle ou telle problématique, visant à conserver notre tradition juridique ancienne. Ce droit des marchés publics a été inventé en France et exporté à l'Union européenne. La communauté européenne nous le renvoie de façon un peu décalée, c'est vrai, et nous cherchons à nationaliser ce droit. Le référé précontractuel fonctionne dans une logique nationale. Une réforme importante du contentieux contractuel consisterait à dénationaliser ce droit. D'abord pour éviter d'avoir deux strates d'interprétation : interpréter la directive puis le droit français dans sa relation avec la directive. Puis, bien que nous soyons nationalistes, parce que ce droit des marchés publics est appliqué par tous les pays de l'Union. Si le même texte s'applique dans les recours, les solutions dégagées dans d'autres pays de l'Union pourront utilement s'appliquer en France. Pour le choix de l'offre la plus économiquement avantageuse, la doctrine suisse, la doctrine allemande, la doctrine anglaise se posent également des questions. Mais nous les méconnaissons car nous ne faisons pas pareil en France. Il est important pour la construction d'un contentieux contractuel rationalisé d'accepter cette logique communautaire, pas seulement comme une contrainte de textes qui tombent de haut et auxquels on aurait envie de résister, mais comme une opportunité pour améliorer notre droit contractuel. Répondre à un candidat évincé, apprécier une offre économiquement la plus avantageuse, préserver les droits des concurrents évincés ou de l'attributaire du contrat sont des problématiques qui existent dans tous les pays de l'Union.

### 3<sup>e</sup> PARTIE

## Aspects tactiques des procédures

### *L'enjeu financier : les contentieux indemnitaires*

**Grégory MARCHESANI**

Maître de conférence à l'université du Sud Toulon-Var, avocat au barreau de Toulon

Après avoir finalisé mes recherches, j'ai dû me rendre à l'évidence : mon propos va nécessairement contraster avec celui des autres participants, non pas par volonté de marginalisation mais parce qu'il faut bien admettre un certain décalage par rapport aux réflexions développées jusqu'à présent.

En effet, à l'heure où tout le monde s'accorde à évoquer les bouleversements apportés à l'architecture d'ensemble du contentieux de la commande publique, les règles applicables aux actions indemnitaires n'ont pas connu d'évolution significative et restent, paradoxalement, ancrées sur des jurisprudences anciennes.

Que l'on évoque les recours exercés par les candidats évincés ou ceux engagés par les cocontractants de l'administration, le constat est le même : en dépit du nombre très important de décisions rendues en la matière par le Conseil d'Etat au cours de ces trois dernières années, le contentieux indemnitaire s'inscrit dans une continuité certaine.

- A titre d'exemple, les actions en responsabilité présentées par les candidats évincés existent depuis longtemps ; elles s'exerçaient devant le juge du plein contentieux "ordinaire", indépendamment ou accessoirement à l'exercice d'un recours en annulation pour excès de pouvoir engagé à l'encontre d'un acte précontractuel détachable.

La responsabilité de l'administration du fait de la passation d'un contrat de la commande publique n'est donc pas une nouveauté, que soit en cause l'attribution d'un marché public (*CE, 25 oct. 2004, Cne Castellet : BJCP 38/2005, p. 51, concl. E. Glaser*) ou d'une concession (*CE, 21 sept. 1992, Cne Bagnols-sur-Cèze c/ SARL Alpha Ambulances : Rec. CE 1992, tables, p. 1105*).

Et force est de constater que ni l'arrêt *Tropic* (*CE, ass., 16 juill. 2007, n° 291545, Sté Tropic travaux signalisation*) ni la directive « recours » de 2007 (*Directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics*) n'ont profondément remanié cette possibilité des candidats affectés par l'attribution d'un contrat de la commande publique d'obtenir une indemnisation.

Tout au plus, cette modification de l'ordonnancement juridique a-t-elle eu pour effet immédiat d'ouvrir aux candidats évincés une nouvelle option contentieuse qui, à défaut de se substituer à l'ancienne, en constitue un complément utile.

- De même, s'agissant de l'indemnisation des cocontractants de l'administration, l'arrêt *Tropic* semblait avoir accru les risques d'annulation ou de résiliation d'un contrat fondée sur des motifs tirés de l'illégalité de la procédure de passation.

Corrélativement, la probabilité de survenance d'un contentieux indemnitaire entre les parties contractantes paraissait plus grande même si les dernières jurisprudences rendues par le Conseil d'Etat confinent les hypothèses d'annulation contractuelle à des cas exceptionnels.

En revanche, le régime indemnitaire à proprement parler n'a pas évolué. Là encore, c'est la continuité qui s'impose.

L'intérêt du sujet porte donc moins sur le bilan de la mise en œuvre des textes et des jurisprudences les plus récentes, que je vais néanmoins tenter de dresser, que sur les interrogations subsistantes qu'il conviendra naturellement d'aborder sans prétendre à l'exhaustivité.

## **I. L'ACTION INDEMNITAIRE DU CANDIDAT EVINCE**

La lecture des dernières jurisprudences rendues par le Conseil d'Etat permet de tirer un enseignement majeur. La transformation de l'architecture d'ensemble du contentieux de la commande publique n'a pas affecté la grille d'analyse du droit à indemnisation du candidat évincé utilisée par le juge administratif.

Il n'en demeure pas moins que toutes les interrogations n'ont pas été levées pour autant et que des perspectives d'évolution semblent d'ores et déjà se dessiner.

### **1. Rappel de l'Etat du droit préalable à l'arrêt Tropic Travaux**

Le droit à indemnisation de l'entreprise illégalement évincée d'une procédure de passation d'un contrat de la commande publique, est reconnu depuis fort longtemps.

Toutefois, son principe, qui n'est désormais plus soumis à débat, avait jusqu'en 2003, fait l'objet de solutions relativement éparées.

Ces réponses ponctuelles, ont fait l'objet d'une théorisation par le Conseil d'Etat (*CE, 18 juin 2003, n° 249630, Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe, Sté Biwater et Sté Aqua : Rec. Tables, p. 865*) qui les a rassemblées pour encadrer l'office du juge amené à trancher une telle question : selon la Haute juridiction administrative, il appartient au juge « *de vérifier d'abord si l'entreprise était ou non dépourvue de toute chance de remporter le marché ; [...] dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité ; [...] dans la négative, elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre ; [...] il convient ensuite de rechercher si l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché ; [...] dans un tel cas, l'entreprise a droit à être indemnisée de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre qui n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique* ».

Cette solution, posée en matière de référé provision, avait évidemment une portée plus large, ce qui fut confirmé par une décision rendue au fond qui en reprit le considérant de principe (*CE, 27 janv. 2006, n° 259374, Cne Amiens ; CE, 11 septembre 2006, Commune de Saran, req. n°257545 ; CE, 29 décembre 2006, Société Bertele SNC, req. n° 273783*).

Elle est de surcroît applicable quelle que soit la nature du contrat de la commande publique en cause.

Deux hypothèses sont donc à distinguer, hormis celle où le candidat évincé était dépourvu de toute chance d'emporter le contrat.

Soit le candidat irrégulièrement évincé n'était pas dépourvu de toute chance d'emporter le contrat.

Il peut alors prétendre au versement d'une indemnité au titre des frais exposés pour soumissionner.

Soit, il est établi que ce même candidat avait des chances sérieuses d'emporter le contrat auquel cas il a droit à l'indemnisation intégrale du manque à gagner résultant directement de son éviction irrégulière.

## **2. La confirmation de l'état du droit par les arrêts *Commune de la Rochelle et Société Pradeau et Morin***

Alors même que le contexte se prêtait particulièrement bien à une modification éventuelle de la grille d'analyse du droit à indemnisation du candidat évincé, le Conseil d'Etat a privilégié, par ces deux arrêts *Commune de la Rochelle* (CE, 8 février 2010, n° 314075) et *Société Pradeau et Morin* (CE, 27 octobre 2010, n° 318023), la continuité et la pédagogie en s'attachant à préciser les méthodes d'appréciation de la chance sérieuse et d'évaluation du préjudice indemnisable.

Une solution autre était-elle envisageable ?

En se fondant sur quelques décisions (V. p. ex., CE, 10 janv. 1986, *Sté les travaux du Midi*) qui ont eu recours à la notion de chance « très sérieuse », d'aucuns ont souhaité le passage à un système binaire distinguant seulement les entreprises dépourvues de toute chance d'obtenir le contrat et celles ayant une chance, plus ou moins probable, de l'emporter.

L'application de système se serait traduite par la consécration d'un droit à indemnisation du manque à gagner pour tous les candidats entrant dans la deuxième catégorie, le montant de l'indemnité étant alors proportionnel au pourcentage de chance d'emporter le contrat.

La question était d'autant plus sérieuse qu'elle se posait dans les mêmes termes dans le contentieux de la responsabilité hospitalière avec l'intervention de la décision de Section « *Centre hospitalier de Vienne* » (CE, Sect., 21 déc. 2007, n° 289328, Rec. CE 2007, p. 546) qui a abandonné le principe selon lequel la perte de chance sérieuse entraîne l'indemnisation de l'intégralité du préjudice au profit d'un régime dans lequel la perte de chance est indemnisée à hauteur d'une fraction du dommage déterminée en fonction de l'ampleur de la chance perdue.

Toutefois, le Conseil d'État s'est refusé à transposer le raisonnement dégagé pour la responsabilité hospitalière et a maintenu sa jurisprudence *ETPO* précitée afin de ne pas aboutir à un système d'indemnisation qui s'avèrerait trop favorable aux candidats évincés.

Cette jurisprudence est-elle pour autant compatible avec le droit communautaire ?

Dans un arrêt du 30 septembre 2010 (CJUE, 30 sept. 2010, aff. C-314/09, *Stadt Graz c/ Strabag AG* : *Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 393), la Cour de Justice de l'Union

Européenne a renforcé de manière considérable le droit à indemnisation des opérateurs s'estimant lésés du fait de la violation par un adjudicateur du droit de la commande publique.

Elle a jugé que l'attribution de dommages et intérêts dus par un pouvoir adjudicateur en cas de non respect des règles de passation d'un marché public ne peut être conditionnée à la démonstration du caractère fautif du manquement.

La Cour de Justice considère que la voie de recours indemnitaire ne saurait constituer une alternative procédurale compatible avec l'objectif d'efficacité des recours en matière de marchés publics qu'à la condition que la possibilité d'octroi de dommages et intérêts ne soit pas tributaire du constat d'une faute commise par le pouvoir adjudicateur.

Le principe ainsi posé implique donc une indemnisation automatique, dès lors que la violation du droit des marchés publics est établie.

En ce sens, la jurisprudence interne du Conseil d'Etat pourrait être analysée comme contrariant cette automaticité de la sanction.

### **3. La méthode d'appréciation de la chance sérieuse**

Dans la mesure où le droit à indemnisation intégrale est ouvert lorsqu'un candidat évincé disposait d'une chance sérieuse d'emporter le contrat, le Conseil d'Etat va s'évertuer à déterminer les contours de ce critère en insistant sur l'office du juge.

Dans l'arrêt *Commune de La Rochelle*, la Haute juridiction casse l'arrêt des juges d'appel, dès lors que, pour apprécier la valeur technique des deux offres, celle-ci s'était fondée sur les références très supérieures de la société attributaire dans le secteur d'activité concerné.

Or, la jurisprudence convergente du Conseil d'État et de la Cour de justice de l'Union européenne interdit de prendre en compte, au stade de l'examen des offres, c'est-à-dire pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, d'autres critères de sélection que ceux retenus par le pouvoir adjudicateur, en l'espèce, ici, la valeur technique et le prix.

De même, dans l'arrêt *Société Pradeau et Morin*, le Conseil d'État considère que les juges du fond auraient dû exposer les considérations de fait sur lesquelles ils appuyaient leur motivation d'autant plus que la société avait fait valoir des arguments qui n'étaient pas indifférents. L'arrêt de la cour administrative d'appel est donc annulé pour insuffisance de motivation, le juge de cassation n'ayant pas été en mesure de remplir sa mission.

L'intérêt de ces décisions tient donc à la méthode particulièrement didactique retenue pour déterminer l'existence de la chance sérieuse.

**Tout d'abord**, le Conseil d'Etat précise que "*ce sont les critères que la personne publique adjudicatrice a entendu mettre en œuvre, à condition qu'ils soient légaux, qui doivent être retenus pour apprécier l'existence d'une chance sérieuse pour l'entreprise évincée de remporter le marché*".

En allant un peu plus loin, ce sont les attentes de l'acheteur public telles que définies dans les documents de la consultation qui doivent être examinées. De ce point de vue, on peut penser qu'il n'arrêtera pas sa vérification aux seuls critères, mais qu'il intégrera également l'ensemble des documents formant le dossier de consultation des entreprises, de sorte que les offres valablement jugées irrégulières ne semblent pas pouvoir ouvrir droit à indemnité.

Le conseil d'Etat vient même de rappeler que tout pouvoir adjudicateur est en situation de compétence liée lors qu'il s'agit de rejeter une offre comme irrégulière ou incomplète (*CE, 23 juin 2010, n° 336910, Commune de Chatel*).

Il serait en effet parfaitement compréhensible qu'une offre irrégulière soit considérée pour cette simple raison comme exclusive de toute chance sérieuse d'emporter le marché.

**Ensuite**, le Conseil d'Etat préconise de procéder à l'évaluation de l'offre de l'entreprise requérante qui s'estime évincée à tort.

Dès à présent, l'on constate que les juges du fond adoptent cette méthode en motivant précisément l'appréciation portée sur l'offre du requérant évincé (*CAA Lyon, 7 janv. 2010, n° 08LY00248, Sarl Chantelauze : Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 104, obs. F. Llorens - CAA Douai, 15 Juin 2010, n° 09DA01459 - CAA Nancy, 1er Avril 2010, n° 08NC01487*).

**Enfin**, le degré de concurrence peut jouer comme une variable d'ajustement.

C'est ce qui ressort de la mention du Conseil d'Etat relevant, dans l'arrêt *Société Pradeau et Morin* que « *seules deux entreprises avaient manifesté leur intérêt pour le marché* ».

Logiquement, l'on pourrait en conclure que plus la concurrence est rude, plus le nombre de candidats est important, moins la chance d'emporter le contrat est susceptible d'être considérée comme sérieuse.

La méthode d'appréciation de la chance sérieuse ainsi imposée par le Conseil d'Etat se heurte à des difficultés de plusieurs ordres.

Tout d'abord, l'office du juge administratif saisi d'une action indemnitaire d'un candidat évincé devrait le conduire à se substituer à l'acheteur public dans l'évaluation de son offre et éventuellement de celle de ses concurrents.

Or, ce contrôle sera d'autant plus complexe qu'il se heurtera à la communicabilité des offres et au secret industriel et commercial dont elles sont couvertes.

Au demeurant, l'appréciation portée par le juge dépendra probablement des circonstances économiques de la compétition : une entreprise aura mécaniquement moins de chances de se voir reconnaître une chance sérieuse d'obtenir le marché dans une compétition très ouverte comprenant de nombreuses offres équivalentes car le juge aura plus de difficultés à identifier la perte de chance sérieuse alors que celle-ci sera plus facilement reconnue dans un cas où la concurrence est plus resserrée.

Enfin, la situation du candidat potentiel évincé faute pour l'acheteur public d'avoir mis en œuvre la moindre procédure de passation n'est manifestement pas réglée alors qu'il est recevable à agir dans le cadre du recours *Tropic* (*CE, 16 nov. 2009, Min. de l'Immigration*).

#### **4. La méthode d'évaluation du préjudice indemnisable**

Si les conditions qui précèdent sont réunies, le préjudice indemnisable est calculé selon des modalités précisées par le Conseil d'Etat.

##### **a. Les frais de présentation de l'offre**

Cette indemnisation inclut nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais inutilement exposés de présentation de l'offre qui peuvent ne pas être négligeables dans certains cas.

##### **b. Le manque à gagner**

Le Conseil d'Etat a rappelé que le calcul de l'indemnisation au titre du manque à gagner doit se faire « *en fonction du bénéfice net que lui aurait procuré le marché si elle l'avait obtenu* » et « *non en fonction du taux de marge brute constaté dans son activité* ».

Jusqu'à une époque encore récente, pour évaluer ce manque à gagner, le juge se fondait sur la marge brute moyenne (soit le chiffre d'affaires moins les charges afférentes) dans le domaine d'activité considéré, pour une entreprise et des prestations similaires. Il se référait aux usages de la profession tout en tenant compte du degré de concurrence du secteur (*CE, 7 novembre 2001, SA Quillery, n° 218221*).

Le Conseil d'Etat a donc fait le choix d'une évaluation plus précise correspondant exactement à la situation de la société concernée.

##### **c. Les intérêts**

De plus, « *la condamnation à une indemnité emporte intérêts au taux légal même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement* ».

La date des intérêts à prendre en considération est celle de la réception de la demande préalable d'indemnisation et non seulement de la date du jugement comme le prévoit l'article 1153-1 du Code civil.

Cette règle protectrice s'appliquera alors même que la requête ne comporterait pas de « *mention d'un quelconque point de départ* » (*V. par exemple en matière d'exécution du marché, TA Amiens, 3 nov. 2005, n° 0400481, Coulon : Contrats – Marchés publ. 2006, comm. 106*).

##### **d. La TVA**

Quant à la TVA, le Conseil d'Etat a posé une règle simple suivant laquelle « *en l'absence de précision, une somme est réputée inclure la taxe sur la valeur ajoutée* ».

Comme on peut le constater, beaucoup d'interrogations demeurent en dépit de jurisprudences foisonnantes.

Un constat en tout point similaire peut d'ailleurs être opéré s'agissant des actions indemnitaires engagées par le cocontractant de l'administration.

## **II. L'ACTION INDEMNITAIRE DU COCONTRACTANT**

Comme précédemment rappelé, le principe même de l'indemnité due au cocontractant du fait de l'anéantissement d'un contrat de la commande publique à la suite d'un recours exercé par un tiers au contrat est reconnu depuis fort longtemps.

Ainsi, même avant l'avènement de l'arrêt *Tropic*, il n'était pas rare qu'un déféré préfectoral soit justifié par des irrégularités affectant les procédures de passation des contrats de la commande publique et aboutisse à leur annulation (*CE, 27 avr. 1987, Corep Côtes du Nord : Rec. CE 1987, p. 721*).

De même, le contentieux des actes détachables a donné lieu à de nombreux litiges fondés sur des moyens de légalité externe et notamment sur des vices de procédure substantiels justifiant une décision d'annulation juridictionnelle dont les effets emportaient, *in fine*, la nullité des contrats eux-mêmes (*CE, 1er oct. 1993, Sté Le Yacht Club international de Bormes-les-Mimosas : Rec. CE 1993, tables, p. 971. - CAA Bordeaux, 20 févr. 1995, Cne Loix en Ré : Rec. CE 1995, p. 90 - CE, 1er mars 1954, Sté L'énergie industrielle : Rec. CE 1954, p. 667*).

Or, une fois l'annulation ou la résiliation du contrat prononcée par le juge, demeurait la question de l'indemnisation à allouer au cocontractant se prévalant d'un préjudice économique.

Sur ce point encore, il faut bien admettre que la règle du jeu n'a guère varié depuis plus d'une trentaine d'années.

En effet, le Conseil d'Etat s'est attaché à préciser les conditions dans lesquelles pouvait être recherchée, par le titulaire d'un contrat déclaré nul, la responsabilité extracontractuelle de l'administration, et notamment la façon dont il convenait de combiner l'action en répétition de l'enrichissement sans cause (*de in rem verso*) avec l'action quasi délictuelle résultant, le cas échéant, des fautes commises par celle-ci.

Le produit de cet effort de formalisation se trouve notamment contenu dans un arrêt du 19 avril 1974, *Société Entreprise Louis Segrette (CE, 19 avr. 1974, Sté Entreprise Louis Segrette : AJDA 1974, p. 453. - CE, 28 juill. 2000, Jacquier : Contrats-Marchés publ. 2000, comm. 16)*.

Le Conseil d'Etat y énonce, de manière fort pédagogique, que « *l'entrepreneur dont le contrat est entaché de nullité est fondé à réclamer, en tout état de cause, le remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s'était engagé ; que si, dans le cas où la nullité du contrat résulte [...] d'une faute de l'administration, l'entrepreneur peut en outre prétendre à la réparation du dommage imputable à cette faute et, le cas échéant, demander, à ce titre, le paiement du bénéfice dont il aurait été privé par la nullité du contrat, de telles prétentions ne sauraient être admises que dans la mesure où la faute du service s'est effectivement révélée dommageable pour le titulaire du marché ; qu'il ne peut en être ainsi, notamment, si le remboursement à l'entrepreneur de ses dépenses utiles lui assure une rémunération supérieure à celle à laquelle il aurait eu droit en application des stipulations du contrat ; qu'il appartient dès lors au juge, lorsqu'il est saisi d'une demande tendant à la réparation des dommages imputés à la faute de service, de déterminer en premier*

*lieu le montant des sommes dues à l'entrepreneur au titre de ses dépenses utiles et que c'est seulement dans l'hypothèse où l'indemnité ainsi calculée serait inférieure au prix du contrat qu'il y a lieu de rechercher si le préjudice qui en résulte doit être supporté en totalité ou en partie, dans la limite de ce prix, par la collectivité dont la faute est à l'origine de la nullité du marché ».*

Il était donc déjà admis à cette époque que l'entreprise pouvait réclamer le remboursement des dépenses utiles à l'administration envers laquelle elle s'était engagée, outre la réparation du préjudice économique imputable à la faute éventuellement commise par cette administration, sous réserve toutefois que le montant des indemnités ainsi obtenues ne soit pas supérieur à la rémunération qui aurait été la sienne en application du contrat.

La jurisprudence administrative admettait ainsi la combinaison des responsabilités délictuelle et quasi-contractuelle (*CE, 23 mai 1979, Cne Fontenay-le-Fleury : Rec. CE 1979, p. 226. - CE, 8 déc. 1995, Cne Saint-Tropez : AJDA 1996, p. 448, note V. Haim. - CAA Marseille, 26 juin 2003, n° 99MA01920, Cie générale de stationnement : Rec. CE 2003, tables, p. 863*).

Loin d'avoir été remise en cause, cette combinaison a bien au contraire été renforcée par une série d'arrêts rendus dans le courant de l'année 2008 (*CE, 22 févr. 2008, n° 286174, Schmeltz et Orselli - CE, 26 mars 2008, n° 270772, Sté Spie Batignolles - CE, sect., 10 avr. 2008, n° 244950, 284439, 284607, Sté Decaux c/ Dpt Alpes-Maritimes*) et étendue à l'ensemble des contrats de la commande publique (*V. à propos des délégations de service public et des concessions de travaux publics : CE, 17 mars 2010, Brive la Gaillarde, n° 316721*).

Il n'en demeure pas moins que ces dernières décisions apportent d'utiles précisions à un régime jurisprudentiel qui, en tant qu'il combine deux terrains de responsabilité, reste marqué par une certaine complexité.

## **1. Les caractéristiques du préjudice quasi-contractuel**

### **a. Prise en compte des dépenses utiles**

La notion de dépenses utiles ne couvre pas tous les frais engagés par le cocontractant.

Tout d'abord, c'est en fonction de l'utilité des prestations ou des travaux que l'indemnité sera assurée et non en fonction de la preuve de l'engagement des dépenses par l'entrepreneur (*CE, 21 mars 2007, n° 281796, Cne Boulogne-Billancourt. - CE, 21 nov. 2007, n° 294470, Dpt Yvelines c/ Maître D.*).

Cela signifie que l'entrepreneur a droit à une indemnité correspondant au montant de ses dépenses (c'est-à-dire de son appauvrissement) dans la mesure où celles-ci ont été utiles au maître d'ouvrage (c'est-à-dire dans la mesure où il s'est enrichi).

En d'autres termes, le juge réduit et plafonne l'indemnité aux dépenses et charges dont l'administration a réellement profités (*CE, 19 avr. 1860, Cne Gonnord : Rec. CE 1860, p. 338. - CE, 2 déc. 1955, Cie Guadeloupéenne distribution énergie électrique : Rec. CE 1955, tables, p. 748. - CE, 12 déc. 2003, n° 242649, Sté Fin. Porte Maillot*).

Ensuite, l'analyse des dernières jurisprudences permet de bénéficier progressivement d'une perception plus fine des différentes composantes des dépenses susceptibles d'avoir été utiles.

Les indistincts "*pertes et faux frais de toute nature*" (CE, 7 avr. 1876, *Rodarie* : Rec. CE 1876, p. 377) sont aujourd'hui déclinés :

- en frais de présentation de l'offre (CE, 28 juill. 1905, *Olivier c/ Ville Montbrisson* : Rec. CE 1905, p. 705) ;
- en cautionnement et pertes d'intérêts sur le cautionnement (CE, 30 mars 1906, *Samaran c/ Cne Bégole* : Rec. CE 1906, p. 290),
- en frais de transport, de garde du matériel, de voyages et de séjours (CE, 8 janv. 1958, *Crouzat* : Rec. CE 1958, p. 14) ;
- en frais d'études et de préparatifs divers de nature extrapatrimoniaire (devis, de calculs ou de dessins) (CE, 30 juin 1905, *Barruel c/ Cne St Germain-du-Bel-Air* : Rec. CE 1905, p. 603 - CE, 24 janv. 1975, *Clerc-Renaud* : Rec. CE 1975, p. 55 ; CE, 24 nov. 2006, n° 268129, *Communauté urbaine Bordeaux*) ou patrimoniales (travaux, améliorations esthétiques, ...) (CE, 15 janv. 1909, *Antoine c/ Ville Épinal* : Rec. CE 1909, p. 50. - CE, 25 févr. 1910, *Ville Tarbes* : Rec. CE 1910, p. 172. - CE, 23 nov. 1949, *OPHLM Ville Dôle c/ Brément* : Rec. CE 1949, tables, p. 926) ;
- en coût de revient des biens et prestations de toute nature dont a bénéficié l'administration.

Les précisions de ces dernières années ont également porté sur :

- La prise en compte des investissements non rentabilisés (CE, 4 mars 1910, *Thérond c/ Ville Montpellier* : Rec. CE 1910, p. 197. - CE, 20 mars 1957, *Sté établissements thermaux, hôtels, casino et grottes Ussat-les-Bains* : Rec. CE 1957, p. 182). Le Conseil d'État a, dans un premier temps, considéré que le cocontractant de l'Administration pouvait demander à être indemnisé "*de la valeur non amortie, à la date à laquelle les biens nécessaires à l'exploitation du service font retour à l'Administration, des dépenses d'investissement qu'il a consenties ainsi que du déficit qu'il a, le cas échéant, supporté à raison de cette exploitation, compte tenu notamment des dotations aux amortissements et des frais afférents aux emprunts éventuellement contractés pour financer les investissements, pour autant toutefois qu'il est établi, au besoin après expertise, que ce déficit était effectivement nécessaire, dans le cadre d'une gestion normale, à la bonne exécution du service*" (CE, 16 nov. 2005, n° 262360, *Cne Nogent-sur-Marne* : Rec. CE 2005, p. 507).

Dans le cas où le contrat en cause est une concession de service public, il peut notamment, à ce titre, demander à être indemnisé de la valeur non amortie, à la date à laquelle les biens nécessaires à l'exploitation du service font retour à l'administration, des dépenses d'investissement qu'il a consenties, ainsi que du déficit qu'il a, le cas échéant, supporté à raison de cette exploitation, compte tenu notamment des dotations aux amortissements, pour autant toutefois qu'il soit établi que ce déficit était effectivement nécessaire, dans le cadre d'une gestion normale, à la bonne exécution du service (CE, 17 mars 2010, *Brive la Gaillarde*, n° 316721) ;

- Les frais financiers. Dans l'arrêt du 10 avril 2008 (*CE, sect., 10 avr. 2008, Sté Decaux c/ Dpt Alpes-Maritimes*), le Conseil d'État considère que les frais financiers engagés par la société Decaux pour assurer l'exécution du marché public sont exclus de l'évaluation du montant des dépenses utiles (le fait d'inclure les frais financiers dans les dépenses utiles aurait pu conduire à faire fluctuer le contenu de la notion de dépense utile en fonction des choix de financement effectués par l'entrepreneur ce qui n'était pas acceptable). En revanche, l'indemnité ne "*peut comporter le remboursement des frais de reconstitution du carnet de commandes de l'entreprise, ni celui des frais d'immobilisation des capitaux empruntés à court terme qui ne peuvent être regardés comme spécifiquement liés à l'arrêt des marchés*" (*CE, 27 janv. 1965, Sté technique appareils centrifuges industriels : Rec. CE 1965, tables, p. 982*).
  
- Le périmètre des dépenses utiles. Dans un arrêt récent du 26 mars 2008 (*CE, 26 mars 2008, n° 270772, Sté Spie Batignolles*), le Conseil d'État a estimé que les travaux supplémentaires liés aux modifications et aux évolutions du projet réclamées par le pouvoir adjudicateur constituaient des dépenses utiles ouvrant droit à indemnisation mais que tel n'était pas le cas des sommes réclamées au titre des dépenses entraînées par l'allongement des délais d'exécution du chantier (dépenses "improductives"), qui sont dépourvues d'utilité pour la collectivité. De surcroît, si des travaux n'ont pas été autorisés par l'Administration, les frais induits par la conclusion et la résiliation des contrats de sous-traitance doivent être imputés sur le montant total de l'indemnité (*CE, sect., 22 janv. 1965, Sté Étis Michel Aubrun : Rec. CE 1965, p. 50*).

#### **b. Les limites à l'indemnisation intégrale**

Cependant, l'indemnité obtenue sur le terrain quasi-contractuel ne doit pas lui assurer une rémunération supérieure à celle que l'exécution du contrat lui aurait procurée.

Pour l'évaluation de la limite ainsi fixée à l'indemnité susceptible d'être accordée à l'entrepreneur, il convient de prendre en compte l'ensemble de la rémunération à laquelle ce dernier aurait eu droit en exécution du contrat, en incluant notamment le montant des éventuels avenants et, le cas échéant, les dépenses exposées au titre de travaux supplémentaires prescrits par le maître d'ouvrage.

En tout état de cause, l'indemnisation n'est possible que si les dépenses ont été engagées avec l'accord, tacite ou non, de la collectivité (*CE, 8 déc. 1995, Cne Saint-Tropez : Rec. CE 1995, p. 431*).

En revanche, alors que la faute de l'appauvri a longtemps été considérée comme un obstacle à l'exercice d'une action *de in rem verso* à l'encontre de l'enrichi (*CE, 30 janv. 1974, Commune de Houilles, Rec. p. 75*), la section du contentieux du Conseil d'État a explicitement consacré dans l'arrêt *Sté Decaux* la dimension objective de l'enrichissement sans cause : "*les fautes éventuellement commises par l'intéressé antérieurement à la signature du contrat sont sans incidence sur son droit à indemnisation au titre de l'enrichissement sans cause de la collectivité*".

Reprenant la solution dégagée par l'arrêt "Tête" (CE, 22 févr. 2008, n° 266755 : Dr. adm. 2008, comm. 65), l'arrêt réserve néanmoins l'hypothèse où le cocontractant de l'Administration s'est rendu coupable de manœuvres frauduleuses entachant le contrat de dol (Voir par exemples : CE, 8 déc. 1997, Sté A2IL : D. 1998, jurispr. p. 359 ; CE, 19 déc. 2007, n° 268918, Sté Campenon-Bernard).

L'état du droit peut donc se synthétiser de la manière suivante : sauf s'il y a eu intention délibérée de tromper, l'imprudence ou la négligence commise antérieurement à la signature du marché ne prive pas la société appauvrie de son recours sur le fondement de l'enrichissement sans cause dès l'instant où les dépenses ont été engagées avec l'assentiment de la collectivité.

## **2. Les caractéristiques du préjudice quasi-délictuel**

Le plus souvent, l'enrichissement sans cause est le résultat d'un comportement fautif de l'Administration, même si cette faute peut être réciproque (CE, 22 févr. 2008, n° 286174, Schmelz et Orselli).

À l'indemnité quasi-contractuelle vient alors s'ajouter une indemnité de nature quasi-délictuelle : "dans le cas où la nullité du contrat résulte d'une faute de l'Administration, le cocontractant de l'Administration peut prétendre, en sus des dépenses utiles remboursées au titre de l'enrichissement sans cause, à la réparation du dommage imputable à cette faute, sous réserve du partage de responsabilités découlant le cas échéant de ses propres fautes ; à ce titre, il peut demander le paiement des sommes correspondant aux autres dépenses exposées par lui pour l'exécution du contrat et aux gains dont il a été effectivement privé par sa nullité, notamment le bénéfice auquel il pouvait prétendre" (CE, 26 mars 2008, n° 270772, Sté SPIE Batignolles).

### **a. La faute quasi-délictuelle**

La responsabilité quasi-délictuelle de l'Administration ne peut être engagée que si celle-ci a commis une faute et que cette faute a causé à son cocontractant un préjudice.

La faute peut être de différentes natures et résultera dans la plupart des cas d'une irrégularité qui affecte la formation du contrat.

Elle peut ainsi résulter d'un vice de procédure (c'est-à-dire, CE, 21 oct. 1949, Berp : Rec. CE 1949, p. 432), d'un vice de forme ou d'un vice de compétence (CE, 12 mai 1939, Cne Chassieu : Rec. CE 1939, p. 311. - CE, 6 févr. 1981, Cne Sixt : Rec. CE 1981, tables, p. 644).

La passation irrégulière d'un contrat nul constitue donc généralement une faute engageant par principe la responsabilité de l'administration à qui l'irrégularité est imputable (CE, 28 juill. 2000, n° 202792, Jacquier : JurisData n° 2000-061054).

### **b. L'indemnisation des bénéfices manqués**

Reconnu dès l'arrêt "Charrier" de 1863 (CE, 6 juill. 1863, Charrier : Rec. CE 1863, p. 518), le droit à l'indemnisation des bénéfices manqués a rapidement été distingué de celui des pertes

subies (*CE, 11 juill. 1879, Foucaux : Rec. CE 1879, p. 599, "considérant que cette indemnité allouée pour privation de bénéfices est complètement distincte de celle (...) précédemment allouée au sieur F. pour les pertes résultant de la résiliation, et doit se cumuler avec cette première indemnité, et non pas se confondre avec elle"*).

Toutefois, compte tenu du principe général du droit défini par le Conseil d'État selon lequel les personnes morales de droit public ne peuvent jamais être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas (*CE, 19 mars 1971, Mergui : Rec. CE 1971, p. 235*), l'évaluation des sommes dues par l'Administration est réalisée sur la base des justificatifs que doit produire la société.

Selon la formule consacrée, la responsabilité quasi-délictuelle de l'Administration n'est engagée que "*dans la mesure du préjudice subi*" (*CE, 30 oct. 1953, Carrère : Rec. CE 1953, p. 463. - CAA Paris, 20 mai 2008, n° 07PA00278, Sté AMG Ingénierie : CP-ACCP 2008, n° 79, p. 16*).

Le plus souvent, le dommage correspond à la privation du bénéfice net escompté par le cocontractant en application des clauses du contrat. Par suite, bien que nul, le contrat servira de référence pour déterminer le montant du préjudice à indemniser (*CE, 28 sept. 1984, Centre soins et hygiène mentale Ulysse Trélat : Rec. CE 1984, tables p. 667*).

Le préjudice s'apprécie au jour de l'annulation ou de la résiliation (*CE, 6 mai 1955, Sté C. Chabal et Cie c/ Cne Isle-sur-Sorgue : Rec. p. 244. - CE, 15 avr. 1959, Ville Puteaux et Schwab : Rec. p. 236*), et son anormalité résulte du rapport établi par le juge entre les dispositions contractuelles et les conséquences de l'intervention du fait perturbateur ou de la décision.

L'évaluation du bénéfice manqué reste néanmoins délicate.

Ainsi le juge peut-il restreindre l'indemnisation s'il estime qu'il n'y avait pas de perspectives réelles de bénéfices (*CE, 15 févr. 1933, Elbs c/ Administration chemins de fer Alsace-Lorraine : Rec. p. 200. - CE, 9 mai 1952, Colonie Réunion : Rec. T., p. 773*).

Il refuse alors d'indemniser l'interruption d'une exploitation de toute façon déficitaire (*CE, 18 nov. 1988, Ville Amiens et Sté exploitation parc stationnement gare routière Amiens : Rec. CE 1988, p. 417 ; RFD adm. 1990, p. 23, concl. D. Lévis*) ou aux résultats aléatoires (*CAA Paris, 25 avr. 1996, Sté France 5 : Dr. adm. 1996, comm. 416*).

En tout état de cause, le requérant ne pourra obtenir une indemnisation du manque à gagner qu'en rapportant la preuve d'un préjudice réel et certain. Un contrat qui n'a pas eu un commencement d'exécution ou un contrat pratiquement arrivé à son terme ne lui permettra pas en principe d'obtenir une indemnisation.

Enfin, il sera relevé que sur le terrain quasi délictuel, le juge retient le cas échéant un partage des responsabilités lorsque la faute de l'entrepreneur est commune avec celle commise par le pouvoir adjudicateur.

Les exemples jurisprudentiels sont légion et anciens (*CE, 13 juill. 1968, Stoskopf : Rec. p. 460. - CE, 2 oct. 2002, min. Équip., Transports et Log. c/ Grondin : Rec. p. 926*).

3<sup>e</sup> PARTIE  
**Aspects tactiques des procédures**

TABLE-RONDE DEBAT

***Quelle gestion des recours par les personnes publiques ?  
En défense : prévention et gestion des conflits***

**Laurent SERY**

Avocat au barreau de Paris

**Alain BENARD**

Vice-président de l'Association des Acheteurs des Collectivités Territoriales,  
directeur de la commande publique de la ville de Meaux

**L. Sery**

Je voudrais d'abord excuser J-F Bizet qui a été empêché.

Pour ce débat, je compte donc sur la qualité des partenaires ici présents pour que chacun puisse réagir, notamment les avocats, sur la meilleure façon de gérer les contentieux ou encore les acheteurs publics, sur leur expérience pour prévenir et gérer les conflits dans la passation de leurs marchés.

Parmi les thèmes évoqués précédemment, il serait bien de revenir notamment sur les points suivants :

- celui du secret des affaires, crucial et déterminant dans la stratégie du contrat public ;
- celui des recours indemnitaires contre le pouvoir adjudicateur, et notamment sur les conséquences éventuelles pour celui-ci d'une décision d'abandon de la procédure de passation d'un marché pour des motifs d'intérêt général ;
- celui du rôle joué par le Conseil d'Etat, véritable jurislature, qui essaie d'adapter ses jurisprudences en matière de contentieux contractuel.

Mais d'abord, Alain Benard, comment faites-vous pour anticiper et prévenir les conflits ?

**A. Benard**

En tant que membre de l'Association des Acheteurs des Collectivités Territoriales (AACT) je vais peut être dénoter dans cette assemblée, J'ai entendu avec plaisir les mots économie, concurrence, acheteur public. Je vous parlerai moins d'arrêt que d'économie. Je témoignerai en tant qu'acheteur. L'AACT compte 670 adhérents, son président Jean-Marie Héron est technicien, je suis moi-même technicien et praticien. Je voudrai vous présenter ce que nous acheteurs, nous tentons de mettre en place, pour gérer au mieux les risques actuels et futurs, en amont et en aval de la procédure.

Contrairement à ce que j'ai entendu, je répète chaque jour que l'achat public c'est facile, ce n'est pas long, ce n'est pas lourd. Il est vrai que je cache à mes collègues qu'une procédure d'appel d'offres dure trois mois, qu'en marché adapté, sans contentieux, après une haute lutte on obtiendra le véhicule pour l'harmonie ou le conservatoire, au bout d'un mois. Cela semble paradoxal.

Avec treize années d'expérience d'acheteur public, le métier a énormément évolué avec de nombreuses modifications du Code des marchés publics :

- 1998 : les marchés de service et les marchés à bon de commande ;
- 2001 : entre Noël et le Jour de l'an, une nomenclature applicable trois jours après et un nouveau Code des marchés publics ;
- 2004 : à nouveau, un nouveau Code des marchés publics si on avait à ce moment là copié la directive au lieu de vouloir la nationaliser on aurait peut-être évité une nouvelle modification en 2006 ;
- 2006 : donc nouveau, nouveau code, je transmets aux collègues les nouvelles façons de procéder, je tente de convaincre mes élus que les procédures sont simplifiées, que les collectivités territoriales ont plus de capacité à mettre en place des procédures. Mais nous acheteurs publics, nous avons mis en place des guides de procédures internes parfois plus contraignantes que le code. Rares ont été les collectivités qui ont profité de l'occasion pour faire plus simple. A l'AACT nous avons diffusé des fiches techniques en partenariat avec les services juridiques et les avocats conseils. Nous avons encore toutefois du mal à suivre cette évolution et à simplifier.
- 2009 : le plan de relance et les modifications substantielles du code pour les collectivités avec notamment les délégations pleines et entières qui pouvaient être données à l'exécutif pour avancer rapidement les projets publics

Enfin, des modifications importantes à venir, dont une notamment qui est la suppression de la reconduction express et de la garder en reconduction tacite, comme l'arrêt *commune de Paita* 29/11/2000 semblait l'indiquer en interdisant la reconduction tacite dès lors que l'on ne connaît pas la fin, mais reconduction tacite avec une date de fin dans le contrat. Pour les praticiens cela semble plus judicieux que de refaire tous les ans des lettres recommandées avec accusé de réception pour 150 ou 250 marchés à reconduire. La Poste pouvait s'en féliciter mais pour la collectivité cela représente un coût non négligeable et pour les titulaires du marché cela était parfois difficile. L'acheteur public doit avoir des compétences juridiques et économiques. Il s'est félicité qu'en 2004 l'aspect économique devance l'aspect juridique. Avec les nouvelles directives recours, les candidats évincés, il craint que le juridique ne reprenne l'avantage.

Pour anticiper le risque avant la consultation, l'acheteur doit bien évidemment assurer une veille juridique. Attention toutefois, à ne pas recueillir tous les arrêts et jurisprudences et à rester circonstancié dans les changements en interne pour remettre à jour les procédures. L'acheteur doit être pédagogique. A cette occasion, je salue les différents travaux de l'Observatoire de l'achat public auxquels l'AACT participe. Ses multiples guides nous aident à gérer ce risque, à procéder à l'analyse des besoins et dans le respect de l'article 6 du code, à rédiger les spécifications techniques avec nos collègues techniciens. Pour vous donner quelques exemples des difficultés dans cette phase de gestion du risque dans un cahier des charges : comment appeler une barrière Vauban autrement qu'une barrière Vauban avec le directeur de la voirie ? comment appeler un ampli Denon autrement qu'un ampli Denon avec le directeur du théâtre pour louer du matériel ? comment appeler un micro Shear quand on veut de la qualité pour des artistes qui ne veulent travailler qu'avec ce type de micro ? comment fait-on pour obtenir une Renault 4L ou une Citroen SM quand ce sont uniquement les véhicules souhaités ? pour les techniciens de l'eau et de l'assainissement comment commander un compteur Sapel ou des conduites de Pont à Mousson qu'en ne citant leurs noms ? tout cela sans orienter notre cahier des charges si ce n'est en utilisant les mots magiques « ou similaires » « ou équivalents ». L'acheteur public doit gérer ce risque dans le cahier des charges, il doit y veiller avant de le rendre public sur la plateforme de dématérialisation. La seule façon de le modifier sera d'utiliser les multiples questions et réponses des candidats, en faisant attention aux risques afin d'éviter les conflits à venir en répondant à l'ensemble des candidats, en s'assurant que l'ensemble des candidats a bien reçu l'ensemble des réponses aux questions. Sur une plateforme de dématérialisation cela veut dire

que les candidats ont bien pris connaissance du courriel en leur demandant un accusé de réception parce que dans une jurisprudence récente le juge a dit que « *rien ne garantissait que le candidat avait été réceptionnaire des questions réponses et modifications du cahier des charges.* » Cette option de envoi automatique n'existe pas sur toutes les plateformes de dématérialisation ou elle est parfois payante. Il faut aussi garder en mémoire que l'informatique n'est pas infaillible. Outre ces modifications du cahier des charges par le jeu des questions réponses ou des documents complémentaires éventuels, le rôle de l'acheteur public a été simplifié avec les cases à cocher sur l'AMP pour les avis de publicité. Pour les nombres de capacité minimum à indiquer, la question se posait si cette indication était obligatoire, sinon fallait-il mettre zéro quand il n'y en avait pas... les derniers arrêts se contredisent parfois.

Pour l'acheteur la gestion du risque dans l'avis d'appel à la concurrence a certes été bien clarifiée par les différents arrêts du Conseil d'Etat. Est-il important pour le candidat de savoir si sa prestation va être payée en fonction des impôts des usagers ou sur le budget principal comme le demande un avis européen ? Quel tribunal indiquer ? Le Conseil d'Etat a précisé que la mention du tribunal administratif compétent suffisait. Les candidats évincés ne s'engouffrent plus dans ce genre de recours et il est pour eux de plus en plus difficile de faire des recours sur les avis de publicité. S'il reste encore des cas, cela est dû au manque de formation des acheteurs car pendant des années il a été limité à l'achat des gommes et des crayons en oubliant que l'acheteur public qui crée aussi des bâtiments est autant technique qu'administratif.

Après la consultation, l'acheteur public a intérêt à suivre l'exécution du marché. S'il comporte des pénalités, il faut les appliquer judicieusement car un candidat pourrait à juste titre dire : « *Si j'avais su que vous n'appliqueriez pas les pénalités, j'aurais répondu à votre consultation, mais j'estimais que vos pénalités étaient trop lourdes dans votre cahier des charges.* » L'acheteur a tendance à se blinder en pénalités qu'il a beaucoup de mal à tenir ensuite dans l'exécution de son marché. Pour des questions de disponibilité parfois, ou dans la difficulté à bien préciser les délais dans le cahier des charges dans lesquels les titulaires du marché s'engouffrent pour ne pas respecter ces délais.

Quelques exemples vécus. Ma collectivité, la ville de Meaux, organise au mois de septembre, un festival musical dédié aux femmes. C'est l'un des premiers festivals lorsqu'il a été créé en 2004, qui était entièrement marchés publics avec un mix des articles 30, d'appel d'offres ouvert pour satisfaire l'ensemble de nos besoins. Cette année tandis que nous avons effectué notre procédure classique de renouvellement, qu'un titulaire était retenu un candidat évincé nous a fait un recours mais le marché était signé. Le candidat évincé n'a pas été tout de suite devant le juge, lorsque le recours a été établi, la collectivité a eu l'injonction de stopper la prestation. A juste titre. Stopper l'acquisition sur le marché d'un tracteur, n'est pas trop gênant. Mais stopper un marché de prestations artistiques en période de réservation des artistes pouvait être préjudiciable à la collectivité. Nous avons conclu notre marché avec notre prestataire de production exécutive pour conduire les contacts avec les futurs artistes. Un arrêt d'un mois cela paraît très long. Nous nous sommes bien défendus, nous avons aussi bien sécurisé notre procédure, un avis de résultat avait été lancé au Journal Officiel de l'Union européenne immédiatement après avoir informé les candidats évincés aux marchés par lettre personnalisée (ils n'étaient pas nombreux, je n'aurai peut-être pas dû le faire). En article 30 et en marché à procédure adapté on y est pas obligé, mais je tiens à la transparence et c'est ce que je vous invite à faire aussi quand bien même les jugements récents nous invite à signer un marché à procédure adapté très rapidement. Je reste convaincu et l'AACT également, qu'une bonne procédure, une bonne mise en concurrence et une certaine dynamique économique dans vos collectivités est préférable pour éviter d'entendre dire « mais, les dés sont pipés, on n'a jamais de résultat ». Un marché public est semblable à un recrutement, il n'a rien de pire

pour un candidat de ne jamais recevoir de réponse, et une entreprise qui remet une offre investit de l'argent et du temps, cela mérite la transparence. Prudence toutefois, il faut savoir choisir les informations à communiquer. La commission d'accès aux documents administratifs (CADA) a déjà indiqué par exemple qu'il ne fallait pas remettre les mémoires techniques. Soyons professionnel et la formation de l'acheteur public permettra de sécuriser les risques contentieux.

## L. Sery

La prévention et la gestion des conflits passe aussi par une relation de confiance entre les avocats et les clients-acheteurs publics. Comme avocats, nous essayons de tenir compte des éléments suivants.

Avec le pouvoir adjudicateur, nous nous efforçons d'abord de **prévenir et d'anticiper** le conflit en sécurisant au maximum la procédure. Ainsi, nous essayons d'anticiper également la jurisprudence du Conseil d'Etat et les possibles revirements de jurisprudence. De la même manière, un dossier de consultation correctement monté permet aussi éventuellement de décourager les recours qui seront plus difficiles à défendre.

Cette prévention passe aussi par **le respect de la transparence**. Dans une relation d'achat, cette transparence permet éventuellement d'éviter le contentieux ; si l'acheteur fait preuve de courtoisie avec le candidat évincé en l'informant par un courrier qui explique pourquoi sa candidature a été écartée, les risques de recours peuvent diminuer. Même si cela n'évitera pas par exemple le contentieux du groupe qui a décidé de mener une guerre commerciale, le candidat évincé traité avec égards par la collectivité pourra éviter de lancer un contentieux.

Enfin, dans la gestion du conflit, **l'approche du juge est aussi très importante**. Par exemple, le juge administratif maîtrise parfaitement les notions complexes évoquées aujourd'hui. Mais, face au juge judiciaire, lequel se prononce aujourd'hui sur certains marchés passés par des pouvoirs adjudicateurs, le comportement doit être différent. Les règles de passation des marchés et la jurisprudence administrative sont parfois moins maîtrisées. Il ne faut alors pas hésiter à faire preuve d'une certaine pédagogie avec le juge.

Nous notons aussi que, devant le juge, la règle du secret des affaires joue un rôle de plus en plus important dans ces contentieux de la passation des marchés ; il est parfois difficile pour le pouvoir adjudicateur de savoir où placer le curseur et de déterminer la meilleure stratégie de défense. Par exemple, l'article 80 du Code des marchés publics indique qu'il faut communiquer le nom de l'attributaire du contrat et les motifs de choix du candidat retenu. Pouvez vous par exemple communiquer dans le cadre de l'instance le nom des autres candidats parce que certains moyens invoqués devant le juge du référé précontractuel vous y inciteraient ? Le devez vous ? En cas d'annulation de la procédure, si le nom des candidats suivants a été révélé, le candidat évincé connaîtra les noms de chacun des concurrents qui ont participé à l'appel d'offres, ce qui peut se révéler délicat.

Dans la stratégie contentieuse, il convient aussi à notre sens aujourd'hui d'anticiper sur une éventuelle annulation de la procédure. Dans un recours *Tropic travaux* ou un déferé préfectoral, le débat avec le juge doit donc porter sur les conséquences de l'annulation de la procédure. Il importe donc de débattre avec attention sur les conséquences éventuelles de l'annulation qui serait prononcée, notamment pour donner au juge les arguments pour poursuivre un contrat important au nom de l'intérêt général ou concilier son terme avec les impératifs par exemple de continuité de service public.

Clôture des travaux

***Quelles perspectives pour le contentieux  
de la passation des contrats de la commande publique***

**Catherine BERGEAL**

Directrice des affaires juridiques du ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie  
et du ministère du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique

Au cours de cette journée vous avez pu vous rendre compte de l'étendue de la refonte récente du contentieux de la passation des contrats de la commande publique, notamment, sous le double effet d'une quasi révolution jurisprudentielle (*Tropic, Smirgeomes et commune de Béziers*) et de la création, en 2009, du référé contractuel.

Quel est, le rôle de la direction des affaires juridiques de Bercy ?

Cette direction a la charge de rédiger le droit de la commande publique qui signifie, d'abord, d'en négocier les évolutions à Bruxelles. Actuellement, nous achevons la transcription de la directive relative aux marchés de défense et de sécurité qui ajoutera plus de cent-vingt articles au Code des marchés publics ; nous entamons, en outre, la discussion sur une éventuelle directive « concession de service ». Dans six mois nous commencerons la refonte des directives « marchés » qui ne datent que de cinq ans. Vous le voyez, notre chantier réglementaire est important.

Ma direction est également en charge des intérêts des acheteurs publics et des entreprises. En tant que ministère de l'Economie, notre vision doit être juridique, mais aussi économique. Nous devons mettre à la disposition des acheteurs publics et des entreprises un droit de la commande publique simple, efficace et opérationnel. Parfois ces intérêts ne sont pas les mêmes : je me contenterai de citer les différentes autour des offres anormalement basses ou sur la question de l'allotissement... Ces intérêts se rejoignent, toutefois, sur un certain nombre d'objectifs et, notamment, sur la nécessité de la sécurité juridique.

La sécurité juridique exige d'avoir des procédures simples et un juge pour les faire respecter. Sans juge, les procédures ne fonctionneront pas. Un juge pour être utile, c'est-à-dire opérationnel doit intervenir à temps dans le processus d'élaboration du contrat, de manière préalable et avec efficacité. De nombreux juges s'occupent en France du droit de la commande publique : le juge judiciaire, le juge pénal depuis la création du délit de favoritisme, le juge constitutionnel — nos partenaires européens comprennent mal que la France ait, à la fois, pénalisé et constitutionnalisé le droit des marchés publics.

Toutefois le meilleur juge de la passation des contrats est, j'en suis sûre, celui du référé précontractuel. En 1992-1993 quand le référé précontractuel a été créé, nombreux étaient ceux qui doutaient qu'il puisse s'insérer dans notre système juridique profondément différent. En 1993 le Conseil d'Etat avait d'ailleurs, émis un avis défavorable au projet de loi créant le référé précontractuel. Ce juge pourtant s'est révélé être le plus efficace

Il faut laisser du temps au recours pour s'exercer mais ce délai doit aussi être fermé à un certain moment.

## Le contentieux de la commande publique

Les opérateurs économiques que je rencontre ont l'habitude de « m'agresser » avec courtoisie, certes, mais fermeté. Ils se plaignent des contentieux : chaque marché les entraînerait vers le juge du référé, les marchés seraient annulés, ils devraient payer des indemnités...

A la lumière des chiffres, bien que les statistiques soient assez rudimentaires, la vérité apparaît différente. D'après l'annuaire statistique de la justice, 5 000 contentieux sont recensés environ chaque année devant les tribunaux administratifs. Dans la rubrique intitulée « marchés et contrats » : il s'agit pour la plupart de contentieux de l'exécution du marché et non celui de la passation du marché. Après un travail laborieux de décompte, mes services ont décompté un pic avec 447 référés précontractuels en 2008, en 2009 ils sont tombés à 300 devant les tribunaux administratifs. Devant le Conseil d'Etat ils sont au niveau de 70 par an.

Or le dernier recensement des marchés opéré pour l'observatoire économique de l'achat public dénombre un total de 73 000 marchés signés par l'état et les collectivités territoriales, de plus de 90 000 euros. Proportionnellement sur les 150 000 marchés par an, environ, les 447 référés précontractuels sont infiniment peu nombreux, surtout en les comparant aux 10 000 référés suspension et aux 2000 référés liberté.

Pourquoi donc ce phantasme d'un juge qui interviendrait sur tous les marchés publics ? Il n'ait, me semble-t-il de la conjonction de trois effets :

- D'abord un effet de concentration : s'il y a moins d'un pour cent de marchés qui font l'objet de recours, ils sont concentrés sur des opérateurs qui en ont un grand nombre. Le service des achats de l'Etat, créé l'année dernière pour regrouper les achats de l'Etat a passé 23 marchés à ce jour, il a eu 5 référés précontractuels et un recours *Topic*. Soit près d'un marché sur 4. Le sae a pu avoir l'impression d'être submergé de recours ; ils les a tous gagnés. Je précise que le recours *Topic* avait été présenté par un candidat qui avait été rejeté au référé précontractuel.
- Un effet de loupe. C'est l'effet qui frappe tout parlementaire lorsqu'il s'intéresse aux marchés publics. Tout parlementaire ou élu local a au moins un exemple de marché qui a été annulé dans des conditions qu'il estime scandaleuses. Ce qui prouverait que les règles des marchés publics sont extrêmement compliquées et que le juge ne comprend rien. Lorsqu'on l'interroge, on s'aperçoit en général, pour ne pas dire toujours, que l'annulation contentieuse dénoncée découle d'une erreur de procédure grossière.
- Enfin, un effet de diffusion. La plupart de ceux qui dénoncent le rôle du juge n'ont pas eu de référé précontractuel mais ils en ont entendu parler, ou ils en ont été menacés, ou encore ils ont craint d'en être menacés. Au ministère des Finances, notre direction a un rôle de conseil aux acheteurs ministériels : nous avons plusieurs fois recommandé aux services acheteurs de refaire leur procédure. Notre attention est plus souvent, d'ailleurs, attirée par des candidats par l'intermédiaire de leurs avocats. Le référé précontractuel a donc un effet pédagogique et préventif puissant parce que c'est un recours efficace.

## Les rôles respectifs des procédures et du juge

Procédures et juges assurent la sécurité juridique. Le discours des acheteurs publics est souvent ambivalent. Ils se plaignent d'un excès de procédures trop complexes. Mais lorsqu'elles sont allégées, comme ce fut le cas en décembre 2008, ils nous reprochent d'être

« trop libres », Il nous est souvent demandé de revenir à l'ancienne technique de l' instruction plutôt que celle du *Guide de bonnes pratiques* que nous avons adoptée (publié en décembre 2009 au JO).

souvent d'ailleurs, les collectivités territoriales ont réécrit des manuels de procédures plus lourds que la liberté qui leur avait été donnée. En 2008, le seuil des travaux a été augmenté de 200 000 euros à 5 100 000 euros — ce qui concerne 95% des travaux publics en France — avec la possibilité de passer en procédure adaptée en dessous de ce seuil . Cette nouvelle liberté a souvent été mal vécue , notamment par les entreprises . . Ainsi la Fédération des travaux publics se plaint que les acheteurs publics profitent de cette liberté pour négocier les prix. en effet les prix ont baissé de plus de 25%. Les entreprises de ce secteur ont reconnu que les procédures les protégeaient et regretté leur allègement.

La révision régulière du Code des marchés publics a pour but de simplifier ou de clarifier les articles, parfois à la suite d'une jurisprudence.

Devant les entreprises, du moins avant *Smirgeomes*, la position du juge apparaissait plus difficile à défendre. Par exemple, cette jurisprudence qui acceptait tout moyen tiré de la violation des obligations de la publicité et de mise en concurrence même si le requérant n'en avait subi aucun préjudice. Le summum avait été atteint quand il avait été jugé que se tromper en cochant la case sur la mention du marché couvert ou non par l'accord sur les marchés publics (AMP) pouvait valoir l'annulation de la procédure. Cette jurisprudence était d'autant plus sévère que l'AMP n'a pas de force juridique en France et que cette question est assez compliquée. La direction juridique du ministère des Finances est intervenue dans l' affaire *smirgeomes* pour demander au Conseil d'Etat de faire évoluer sa jurisprudence. Nous avons proposé de s'inspirer de la jurisprudence européenne sur la notion d'intérêt lésé, en soulignant les dérives d'une jurisprudence qui devenait un véritable jack pot où il suffisait de soulever le moyen pour annuler la procédure. Nous avons été entendu.

En tant qu'auteur de la réglementation que le juge doit appliquer, nous avons fait valoir combien il est important que le juge fasse preuve de réalisme . Le conseil d'état a été réaliste dans *Smirgeomes*, ou *Grand Port maritime du Havre*.

### **Le recadrage imposé par le recours contractuel**

Nous sommes aussi intervenus dans l'affaire *Grand Port maritime du Havre* dans le sens jugé par le Conseil d'Etat. Nous avons soutenu que l'interprétation stricte du champ contractuel était bien ce que nous avons voulu écrire. Il fallait également demander au Conseil d'Etat de ne pas faire d'interprétation constructive comme il peut le faire quand il l'estime nécessaire.

Lors de la transcription de la directive *recours*, nous avons pris l'option de ne transcrire que la directive sans aller au-delà. Nous étions toutefois tenu de nous référer à ce que nous avons rédigé en matière de référé précontractuel. Dès lors nous avons pris le même champ d'application que le référé précontractuel : vous savez que la France a été au delà de ses obligations communautaires, en ouvrant ce recours non seulement aux marchés au-dessus des seuils, mais à tous les marchés ainsi qu'aux délégations de service public. Enfin, nous n'avons pas mis en place, ce que la directive nous autorisait pourtant à faire , une limitation de la durée de l'exercice précontractuel : les requérants peuvent exercer un référé précontractuel jusqu'à ce que le contrat soit signé, alors que dans la plupart des pays il existe un délai au-delà duquel le référé précontractuel ne peut plus être introduit .

Or pour les marchés de l'Etat, notamment un long délai peut s'écouler entre le moment où l'offre d'un candidat est retenue et celui où le marché est effectivement signé ; les circuits internes au niveau de l'Etat peuvent porter ce délai de quatre à six mois durant le référé précontractuel est ouvert.

Par ailleurs, pour définir le champ d'application du référé contractuel, nous avons abandonné le système de la liste des contrats concernés pour une définition englobante. Notre intention était de ramasser tous les objets juridiques non identifiés qu'essaient de créer les ministères : Loppsi, Lopj, BEA, BEH... Nous voulions mettre fin à l'insécurité juridique née des frontières entre contrats entrant ou non dans le champ du référé.

. Pour le reste nous avons recopié la directive. Je rappelle que l'unique objet de cette directive est de pallier les déficiences du référé précontractuel qui sont la signature rapide qui enlève toute possibilité d'agir d'une part et le marché de gré à gré passé sans aucune publicité, d'autre part.

Le référé contractuel se limite donc à ce champ, même si cela paraît frustrant. Frustrant pour la doctrine, frustrant pour les tribunaux administratifs qui ont essayé de contourner l'obstacle. La première tendance des tribunaux administratifs a été de dire que pour les marchés en-dessous des seuils, il fallait un délai raisonnable avant de signer le marché. La deuxième voie empruntée par certains tribunaux administratifs a été d'étendre les pouvoirs du juge du référé précontractuel. En droit, pour les MAPA, la seule possibilité de saisir le juge du référé contractuel naît de l'absence totale de publicité. — et non le fait qu'elle soit insuffisante —

. Tout en comprenant ces frustrations de la doctrine et de certains tribunaux administratifs, nous avons soutenu dans notre mémoire au Conseil d'Etat qu'il ne fallait pas étendre le champ du référé contractuel.

Si, comme le jugeait certains tribunaux administratifs, un délai raisonnable devait être imposé, il fallait alors définir quand commence à courir ce délai et donc imposer que le pouvoir adjudicateur signifie aux candidats que leur offre est rejetée, afin de permettre le déclenchement du recours., Or ceci n'est pas obligatoire en procédure adaptée. Logiquement, le délai raisonnable devrait être défini. Cette mécanique alignait la procédure du marché en-dessous des seuils à celui au-dessus des seuils, alors que notre objectif était de simplifier les procédures.

La deuxième voie ouverte par certains tribunaux était d'offrir au juge contractuel la possibilité d'avoir le même champ de pouvoir que celui du juge précontractuel, c'est-à-dire d'accueillir tous les moyens tirés de la procédure de publicité et de mise en concurrence. En laissant aux parties la liberté de choisir entre le référé précontractuel et le référé contractuel, l'ouverture à toutes les stratégies contentieuses devenait une dérive possible.

Le candidat peut choisir son référé et de préférence, pour des sociétés qui ont des politiques contentieuses agressives, choisir un référé contractuel, attendre que le marché soit signé pour que tous les documents soient communicables, connaître ainsi tous les éléments des concurrents, faire annuler la procédure par un moyen qui aurait pu être soulevé en référé précontractuel et au moment de la remise en concurrence, présenter une offre plus intéressante que celles des autres entreprises, comme cela c'est passé pour le marché Vélib.

## En conclusion

Compte tenu d'un état des lieux assez embrouillé, au moment de la création du référé contractuel, il y a un an, les choses progressent.

Le Conseil d'Etat avec la décision *Grand port maritime du Havre* a tranché les divergences de jurisprudence des tribunaux administratifs, le référé contractuel est maintenant délimité.

Il doit aussi recadrer *Tropic* par rapport au référé précontractuel et au référé contractuel. Chaque fois que le Conseil d'Etat nous demandera notre avis, nos observations iront en ce sens. La bonne voie, me semble t'il, est de considérer le référé précontractuel comme le bon juge du contrat. Le juge du référé contractuel n'est qu'un soutien. Un bon contentieux doit, en effet, se passer dans des délais très courts. C'est pourquoi, d'ailleurs, lorsque nous avons transcrit la directive *recours*, nous avons volontairement pris les délais les plus courts imposés par la directive. Nous n'avons pas suivi, par ailleurs, le Conseil d'Etat qui aurait voulu créer un appel pour le référé contractuel et, en même temps pour le référé précontractuel, considérant que quinze ans après sa création, le référé précontractuel était devenu un jugement du fond.

Nous l'avons refusé parce que la pire des situations pour tous les contractants, pouvoirs publics et entreprises, est celle où l'annulation du marché intervient alors que le marché est en cours d'exécution. Si l'annulation survient quand le marché est pleinement exécuté, le litige peut être résolu par voie indemnitaire, éventuellement par une transaction.

C'est pourquoi nous défendons l'office du juge du référé précontractuel et avons limité celui du référé contractuel à une fenêtre très courte d'un mois après la signature du contrat qui permet de purger les recours.

### C. Bardon

Le bon juge préventif qui est le juge du référé précontractuel a aujourd'hui une vision de *Smirgeomes* qui dévie un peu l'objectif que vous recherchez que les requérants ne se retournent pas vers des annulations post-contrat dans des recherches purement indemnitaires alors que l'instrument contentieux est une arme pour obtenir le contrat contre un concurrent perdant.

### C. Bergeal

Concernant l'application assez contestable de *Smirgeomes* par certains tribunaux administratifs, le Conseil d'Etat y remettra de l'ordre assez rapidement, je suis sans inquiétude là-dessus. Quant aux phénomènes de contentieux, ils sont assez contradictoires : très peu d'entreprises aiment aller au contentieux. Elles estiment souvent que le contentieux se retournera contre elles pour le prochain marché.

### L. Séry

Dans la concurrence des recours, si un concurrent évincé fait un recours *Tropic travaux*, le juge a un pouvoir d'appréciation pour annuler ou résilier le contrat. Si un déféré préfectoral est exercé pour excès de pouvoir contre le contrat, le juge a un contrôle automatique sur la légalité de l'acte, s'il trouve un vice dans la procédure, il peut prononcer l'annulation du contrat. Le recours pour excès de pouvoir, dans le cadre de la jurisprudence AC, est ainsi dévoyé par le déféré préfectoral et n'est pas contrebalancé par l'intérêt général de la continuité de l'exécution du contrat.

### **C. Bergeal**

Il est certain que les différentes jurisprudences doivent être réajustées entre elles. *Tropic* a été prononcé, aux conclusions de Didier Casas, qui a sous les yeux un état de la directive qui deviendra la directive recours contractuels mais qui n'est pas la version qui a été arrêtée en négociation. En pensant anticiper le texte de la directive, le Conseil d'Etat diffère s'appuie sur une version différente de celle adoptée, ce qui explique le léger déphasage entre les deux.

Les pouvoirs du référé contractuel sont novateurs. D'abord sur celui de la sanction financière, pour la première fois le juge peut infliger une sanction financière à une collectivité qui n'a pas fait ce qu'il fallait faire. Il n'y en a pas encore eu de prononcer, à ma connaissance. Le référé contractuel a été transcrit, en même temps, dans le domaine judiciaire. Il a été très compliqué de faire accepter par le ministère de la Justice de donner au juge civil un pouvoir de sanction financière. Comme il a été difficile de leur faire accepter qu'il n'y ait pas d'appel. Toutefois, il était important que le régime soit homogène entre les deux ordres de juridiction.

Concernant les effets dans le temps, le référé contractuel offre la possibilité au juge d'abrèger le contrat et non pas de remonter rétroactivement ce qui rejoint les pouvoirs donnés au juge dans *Tropic*. Economiquement parlant, il ne semble pas qu'abrèger un contrat soit une bonne chose. Certes, lorsqu'il s'agit d'un marché de fourniture on peut penser que l'on peut annuler le contrat parvenu à la moitié de son exécution. La situation, comme dans les délégations de service public est rarement aussi simple. Il nous semblerait dangereux dans une délégation de service public de douze ans d'inciter le juge à couper, non pas immédiatement, mais à cinq ou six ans par exemple. Le modèle économique de la concession a été construit sur la durée de douze ans. Le cocontractant préférera certainement qu'on annule complètement et qu'on indemnise plutôt que de voir son abrègement à six ans. C'est en ce sens que nous plaiderions éventuellement.

### **L. Séry**

Le débat devant le juge sur les conséquences de l'annulation des actes devient de plus en plus important.

### **F. Rolin**

Le constructivisme jurisprudentiel ne me convainc toujours pas. Je voudrais juste ajouter un mot concernant les relations entre l'argument économique et la justification de la régulation des procédures. L'argument économique est certes important, il est vrai que, dans le passé, des décisions ont souvent été déconnectées de la réalité économique des ensembles contractuels. Que l'on puisse enlever des bouts de clauses réglementaires du contrat sans que l'économie générale du contrat ne s'en trouve affectée, est un argument économique qui peut justifier que l'on nuance les solutions contentieuses. Il me semble entendre dans vos propos que le recours est mauvais, qu'il faut éviter et éliminer le plus possible les recours et les cantonner à ce qui est strictement imposé par la directive communautaire. Il me semble que deux siècles de droit de la commande publique ont montré que chaque fois que l'on installait l'innocuité contre les marchés publics la situation de l'administration n'en était pas améliorée. Dans la logique de *Grand Port maritime du Havre*, sortir les MAPA des référés, conduira, me semble-t-il à un effet retour d'ici quelques années. On ne passe pas des marchés de cinq millions d'euros en matière de travaux sans contentieux solide. Dans cette logique de restriction des flux de recours au motif de considération économique, de liberté, de simplification des procédures, il faudra trouver des bornes. Depuis le scandale des subsistances sous Napoléon et les affaires des années quatre-vingt-dix, on sait que l'absence de recours crée de vrais problèmes.

### **C. Bergeal**

J'ai dû mal m'expliquer et je trouve ce reproche assez savoureux après sept ans de conclusions sur les marchés publics. Je suis absolument persuadée de l'importance des procédures et de l'importance du rôle du juge. Les grands principes de la commande publique tels que liberté d'accès, transparence des procédures, ne peuvent être assurés que grâce aux procédures. Et seule l'existence d'un juge et son pouvoir efficace, c'est-à-dire non seulement annuler quinze ans après un marché oublié de tous, mais une action avant que l'irrégularité ne soit commise avec possibilité d'annuler tout ou partie de la procédure, de dire au requérant ce qu'il doit faire de façon précise, c'est la condition pour faire respecter les procédures. Sans juge, il n'y a pas de respect des procédures. Le bon juge n'est pas celui du délit de favoritisme, ce n'est pas le juge pénal sur lequel on phantasma beaucoup, c'est le juge du référé précontractuel. J'ai voulu dire, et c'est pourquoi cela s'appelle « marchés aux procédures adaptées » que les procédures doivent être adaptées à l'objet du marché. Une grande liberté a été rendue aux collectivités pour qu'elles s'organisent elles-mêmes en fonction de la nature du marché et en fonction également de leurs propres compétences. Les 36 000 communes n'ont pas toutes des services achats compétents. Et c'est pour elles que nous avons diffusé ce guide de bonnes pratiques où nous expliquons au sujet des MAPA que certes, il n'est pas obligatoire de notifier les motifs du rejet, certes, il n'est pas obligatoire d'attendre pour signer le contrat mais que nous le conseillons. Et je rappelle régulièrement ces conseils de procédures. Dans la majorité des cas, d'ailleurs, les collectivités ne signent pas dans la précipitation. Dans la majorité des cas, les pouvoirs adjudicateurs ont peur du juge pénal, alors que l'on dénombre à peine vingt condamnations pour délits de favoritisme.

Nous voulions éviter que le juge crée des procédures qu'il aurait définies lui-même — parce qu'elles ne sont pas dans les textes — et qu'il favorise ainsi l'insécurité juridique. Quand la jurisprudence administrative dit d'attendre un délai raisonnable avant de signer qu'est-ce que cela signifie comme délai ? La directive européenne a fixé ce délai à onze et seize jours. Si dans les MAPA on revient dans ce processus terrible où chacun peut se prononcer sur la durée d'un délai raisonnable, on revient à l'insécurité juridique.

### **F. Rolin**

Si la durée de ce délai raisonnable est inscrite dans le code, le problème est réglé. Les marchés de travaux de cinq millions d'euros sans référé précontractuel n'est-ce pas perturbant ?

### **Un participant**

Je partage l'idée du référé précontractuel le référé du contrat de ce qui se passe mal et du référé contractuel qui est un référé de rattrapage et pour le reste le recours indemnitaire. Cette orientation me paraît judicieuse et économique. La question du délit de favoritisme a été abordée rapidement. Son objet est tellement large que certains pensent qu'il peut marcher à tous les coups, même s'il s'agit de phantasme nous sommes d'accord. Mais le juge pénal qui ne connaît pas les marchés peut condamner à des peines modestes, certes mais pour des irrégularités formelles et non pour des élus ou des agents qui s'étaient enrichis. Je pense également à la prise illégale d'intérêt qui est une extension totale de la jurisprudence *Bagneux*, où un intérêt quelconque suffit à justifier la prise illégale d'intérêt. Sur ces chantiers avaient vous l'intention de modifier les règles ?

### **C. Bergeal**

J'ai déjà essayé quatre fois devant le Parlement. Et j'ai échoué quatre fois. Nous avons essayé lorsque nous avons réformé les partenariats public privé, dans deux projets successifs de

simplification du droit... en faisant notamment valoir que lorsque le délit de favoritisme a été créé, le référé précontractuel n'existait pas et qu'il n'existait à l'époque aucun moyen d'arrêter un marché. Les parlementaires étaient presque d'accord sur l'idée, non de le supprimer mais d'introduire, la notion d'intention dans le texte. L'intention est comprise en effet de manière extensive par la Cour de cassation : dès lors que les procédures n'ont pas été respectées, il y a délit de favoritisme que cette action soit volontaire ou involontaire. L'affaire du *Stade Jean Bouin* le montre à l'évidence : le maire de Paris est traîné devant le juge pénal pour délit de favoritisme, il en a commis un s'il s'agit d'une délégation de service public, il n'en a pas commis si c'est une autorisation d'occupation temporaire. Cette notion est tellement claire que la cour administrative d'appel et le Conseil d'Etat se sont contredits

Ce délit de favoritisme devient absurde lorsqu'il n'est pas intentionnel et qu'il dépend d'une qualification qui est loin d'être évidente. Ce projet n'est pas passé parce que les parlementaires voulait étendre ce délit aux délégations de service public et au partenariat public privé, Le signal devenait compliqué pour les acteurs publics, on restreint le délit mais on l'étend à tout le champ de la commande publique.

Ce délit a une forte charge politique, il est né de la corruption dans les marchés publics, à l'époque où les marchés publics servaient majoritairement au financement des partis politiques, et c'est pour cela qu'il a été pénalisé. Le poids politique et affectif est tel, qu'aucun parlementaire ne veut prendre la responsabilité de modifier ce texte.

## CLOTURE DES TRAVAUX

### *Le contrôle des juridictions financières sur la passation des marchés publics*

**Louis RENOUARD**

Avocat au Barreau de Paris

Ancien magistrat des juridictions financières

Tous les organismes publics et bon nombre d'entités privées en lien avec la sphère publique sont susceptibles de faire l'objet d'un examen de leur gestion, soit par la Cour des comptes s'ils appartiennent à la sphère de l'État, soit par la chambre régionale des comptes de leur ressort pour les organismes du secteur public local. Leurs ordonnateurs, par ailleurs, peuvent être déférés devant la Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF).

Le champ des interventions des juridictions financières recouvre, entre autres domaines de la gestion publique, l'ensemble des contrats de la commande publique, aussi bien en ce qui concerne leur passation que le contenu des contrats et leur exécution. Parmi ces contrats, dominant, bien évidemment, les marchés publics, universellement pratiqués. Tous les organismes publics, en effet, n'ont pas l'occasion ou la vocation de conclure des délégations de service public ou des contrats de partenariat ou autres BEA. En revanche, ils ont tous besoin de recourir à des marchés.

Aussi, lorsqu'elles examinent la gestion d'une entité, les juridictions financières sont-elles souvent amenées à porter leur attention sur les marchés, dont elles contrôlent alors la passation comme l'exécution. Ces deux « phases » présentent des contextes de contrôle bien distincts. La passation est affaire, essentiellement, de réglementation ; l'exécution est d'abord centrée sur le contrat. La réglementation de la passation protège les candidats ; l'exécution du contrat doit se dérouler en préservant les intérêts des deux parties. La première connaît des changements incessants, la seconde évolue plus calmement. Le comptable public est un acteur fondamental de l'exécution ; il n'a, en revanche, aucun rôle lors de la passation proprement dite (publicité et mise en concurrence).

Au total, on peut aisément distinguer le contrôle de la passation de celui de l'exécution : pour être juste, ce n'est vrai que si on met les avenants à part car s'ils surviennent, par définition, pendant l'exécution, ces derniers sont à apprécier principalement au regard du trouble rétroactif qu'ils sont susceptibles d'apporter à la passation.

Il n'est traité ci-après que du contrôle de la passation des marchés publics par les juridictions financières.

A de rares exceptions près, celles-ci ne sont pas saisies d'un litige. Elles peuvent, tout au plus, avoir été informées de telle irrégularité. La démarche qu'elles suivent est une démarche d'audit : en suivant une méthode, il leur faut, dans un temps donné, forcément limité, caractériser la situation de l'organisme vis-à-vis de la passation de ses marchés.

Il y a bien des façons de procéder à un tel audit. L'exposé qui suit relate une approche qui a été suivie pour une série de contrôles et qui donne, ainsi, un exemple de ce en quoi peut consister l'examen de la passation d'un organisme par la Cour ou une chambre régionale des comptes en vue d'apprécier, d'une part, la régularité des marchés, d'autre part, la qualité ou l'efficacité de leur gestion. Il est précédé d'un bref rappel de quelques points concernant les juridictions financières.

## **I. LES JURIDICTIONS FINANCIERES – RAPPELS**

La Cour des comptes est compétente pour l'État et ses établissements publics ainsi que pour les organismes privés contrôlés par ceux-ci.

Les chambres régionales des comptes sont compétentes pour le secteur public local : collectivités territoriales, établissements publics locaux et leurs « satellites » privés, notamment les sociétés d'économie mixte locales (SEML).

La Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF) a compétence sur l'ensemble des organismes ci-dessus.

Chaque juridiction financière est dotée d'un ministère public, exercé par un ou plusieurs procureurs financiers.

L'accent est mis ci-après sur les chambres régionales des comptes.

### **A. Missions Des Chambres Regionales Des Comptes**

Les chambres régionales des comptes exercent trois missions principales :

- en lien avec le préfet, le contrôle des actes budgétaires prévu à l'article L. 211-7 du code des juridictions financières (CJF) : il ne présente aucun rapport avec la passation des marchés ;
- l'examen de la gestion des ordonnateurs (article L. 211-8 du CJF), qui donne lieu à des observations regroupées dans le rapport d'observations définitives (ROD) : c'est dans ce cadre que les chambres régionales des comptes contrôlent la passation des marchés ; cet examen peut également porter sur les organismes de droit privé dont les collectivités sont actionnaires ou qu'elles subventionnent ;
- le contrôle juridictionnel des comptes des comptables publics (article L. 211-1 du CJF) : ces derniers ne sont pas concernés par la passation proprement dite ; tout au plus, doivent-ils veiller, lors du premier paiement au titre d'un marché, à ce que celui-ci comporte, s'il a été passé selon une procédure formalisée, toutes les clauses énumérées à l'article 12 du code des marchés publics (pour un exemple : C. cptes 4<sup>ème</sup> ch., 10 juillet 2003, *SIVOM de Wittenheim-Kingersheim-Ruelisheim* CC 65583)

Pour mémoire, les chambres régionales des comptes peuvent être saisies par le préfet d'une demande d'avis concernant la passation d'un marché public : cette disposition n'est que très rarement mise en œuvre (article L. 234-2 du CJF).

### **B. L'examen de la gestion par les chambres regionales des comptes**

#### **1. Circonstances**

Les CRC définissent librement leur programme de contrôle. En moyenne, les organismes d'une certaine importance font l'objet d'un examen de leur gestion tous les 4 ou 5 ans. Il arrive que cet examen soit anticipé à la demande du préfet ou de l'autorité territoriale, en particulier en cas de changement de la majorité de l'assemblée délibérante.

## **2. Champ**

Le champ du contrôle est, également, libre. Globalement, on peut le caractériser en trois sous-ensembles :

- le noyau financier : situation financière, tenue des documents budgétaires, fiabilité des comptes, risques externes notamment ceux liés aux sociétés d'économie mixte locales, gestion de la dette ;
- la gestion des moyens de la collectivité : d'une part, le personnel (sous l'angle de la régularité et celui de l'économie des moyens), d'autre part, les marchés ;
- les missions de la collectivité : aménagement (communes, établissements publics de coopération intercommunale), action sociale, transports, eau et assainissement etc.

L'examen des marchés publics ainsi que celui des délégations de service public font partie, très souvent, du champ du contrôle.

## **3. Axes de contrôle**

L'examen de la gestion est régi par l'article L.211-8 du code des juridictions financières :

*« L'examen de la gestion porte sur la régularité des actes de gestion, sur l'économie des moyens mis en œuvre et sur l'évaluation des résultats atteints par rapport aux objectifs fixés par l'assemblée délibérante ou par l'organe délibérant. L'opportunité de ces objectifs ne peut faire l'objet d'observations ».*

Il existe donc deux « axes » pour mener l'examen de la gestion ;

- celui de la régularité ;
- celui de la qualité de la gestion : économie, efficacité, efficience.

## **4. Modalités – garanties**

L'examen de la gestion est mené par un ou plusieurs rapporteurs.

La contradiction est organisée à différents stades du contrôle :

- lors de l'entretien de fin de contrôle, préalable à l'envoi d'un rapport d'observations provisoires ;
- après réception du rapport d'observations provisoires, l'organisme étant en mesure d'apporter une réponse écrite aux observations et de faire valoir son point de vue lors d'une audition à la CRC ;
- après réception d'un premier rapport d'observations définitives, par l'envoi d'une réponse qui sera jointe au rapport d'observations définitives « final » que l'exécutif devra présenter à son assemblée délibérante.

Outre la contradiction, les organismes bénéficient de la garantie apportée par le mode de fonctionnement collégial de la CRC lors de l'examen de la gestion : les différents rapports (rapport d'observations provisoires, premier rapport d'observations définitives et second rapport d'observations définitives) sont adoptés par la formation compétente de la CRC à l'issue d'un délibéré..

## **5. Suites de l'examen de la gestion**

Outre le rapport d'observations définitives, communiqué à l'assemblée délibérante et communicable, ensuite, à toute personne sur demande, l'examen de la gestion peut avoir comme suites :

- la publication de certaines observations dans le rapport public annuel de la Cour des comptes ;
- la communication au procureur de la République des faits de nature à motiver l'ouverture d'une action pénale : cette communication est faite, sur demande de la CRC, par son ministère public (article R. 241-25 du CJF, 1<sup>er</sup> alinéa) ;
- une transmission en vue d'une saisine de la CDBF : le ministère public transmet au procureur général près la Cour des comptes, ministère public près la Cour de discipline budgétaire et financière, les décisions de déferé prises par la chambre régionale des comptes (article R. 241-25 du CJF, 2<sup>ème</sup> alinéa).

## II. Apprécier la régularité de la passation

La démarche présentée ici relève de la technique générale de l'audit. Sans prétendre à l'exhaustivité, elle consiste à mener un nombre minimum de contrôles sur des aspects clairement identifiés du processus de passation en vue de pouvoir répondre à la question suivante : *comment caractériser l'organisme contrôlé du point de vue de la régularité de la passation des marchés ?*

Cette question est elle-même décomposée en trois sous-questions :

- quelle est la maîtrise de l'organisme ou la collectivité sur ses processus de passation des marchés à procédure formalisée ?
  - comment gère-t-il ses marchés à procédure adaptée ?
- s'assure-t-il de passer des marchés quand des marchés doivent être passés ?

La première question, sur les procédures formalisées, vise à prendre connaissance de la maîtrise des règles essentielles au regard du code des marchés publics, de la jurisprudence administrative et de la doctrine ministérielle.

La deuxième, relative aux marchés à procédure adaptée, tient compte de l'importance de ces procédures, dont le champ potentiel a été considérablement élargi par la réforme opérée par le décret n°2008-1355 du 19 décembre 2008. Leur bonne gestion suppose de respecter, non seulement des règles précises, mais encore de tenir compte des principes généraux de la commande publique.

La troisième question porte sur le champ de cette dernière : cette fois, il ne s'agit plus de savoir si tel ou tel marché a été correctement passé mais si on a passé un marché quand il le fallait.

### A. Procédures formalisées

Il s'agit de rassembler les éléments permettant de répondre à la question suivante :

*L'organisme contrôlé maîtrise-t-il les règles de passation relatives aux procédures formalisées ?*

La méthode consiste à examiner le déroulement complet de procédures formalisées, les unes en vue de marchés de fournitures ou de services, les autres pour des marchés de travaux. Autant que possible, il est utile de disposer d'un échantillon varié (appel d'offres ouvert, appel d'offres restreint, procédure négociée, concours). La vérification

de procédures « avancées » telles qu'un concours, un dialogue compétitif ou, plus fréquemment d'un appel d'offres restreint avec sélection d'un nombre limité de candidatures permet à l'auditeur de se faire assez rapidement une idée du niveau de maîtrise des notions de base des marchés publics.

Pour chaque procédure retenue, il y a lieu d'examiner, au regard des dispositions du code en vigueur au moment de la passation et des enseignements alors apportés par la jurisprudence, l'avis d'appel public à la concurrence, le règlement de la consultation, le PV d'analyse des candidatures, la lettre de consultation en cas de procédure restreinte, le PV d'analyse des offres, l'information des candidats non retenus, le rapport de présentation et l'avis d'attribution.

A l'issue de l'examen de plusieurs procédures, l'auditeur est de mesure d'apprécier si l'organisme s'écarte ou non de la régularité sur les principaux aspects de la passation. A titre d'exemples, sans rechercher l'exhaustivité :

- pour un éventuel allotissement du marché, l'organisme a-t-il suivi les orientations données par la jurisprudence ?
- le contenu des avis d'appel public à la concurrence est-il en phase avec la jurisprudence qui s'est construite au cours de ces dernières années ?
- celui du règlement de la consultation est-il exhaustif, clair et cohérent avec les autres pièces du dossier ?
- la sélection des candidatures est-elle faite sous les deux angles : détection des interdictions de soumissionner, appréciation des capacités professionnelles techniques et financières ?
- le pouvoir adjudicateur a-t-il éliminé les candidats qui ne satisfaisaient pas aux niveaux minimaux qu'il avait, éventuellement, choisis d'imposer ?
- si des appels d'offres restreints ont eu en vue la sélection d'un nombre limité de candidats, ont-ils été conduits avec la rigueur nécessaire, de l'amont (information dans l'avis d'appel public à la concurrence) à la sélection finale ?
- l'attribution du marché à l'offre la plus économiquement avantageuse est-elle l'aboutissement d'un processus en tous points régulier notamment en ce qui concerne :
  - o l'élimination des offres irrégulières au regard des exigences posées dans le cahier des charges,
  - o la détection et le traitement des offres anormalement basses,
  - o l'analyse des offres restantes au regard de l'ensemble des critères, une attention particulière étant à porter, d'une part, sur leur jugement au regard des critères « techniques », d'autre part, sur la correcte notation du prix, des formules inappropriées pouvant introduire de sérieux biais dans la sélection de l'offre ;
- les obligations avant signature (information des candidats non retenus et délai de suspension) ont-elles été respectées ?

De manière plus globale, l'audit doit permettre d'apprécier si l'organisme maîtrise deux règles de fond de la passation :

- la distinction entre la sélection des candidatures et l'attribution du marché ;
- la distinction entre les exigences, posées dans le cahier des charges ou les autres documents de la consultation, et les critères de sélection.

Il convient, enfin, d'évoquer le cas des procédures négociées sans publicité ni mise en concurrence (article 35-II du CMP). S'agissant d'exceptions à l'obligation générale de

publicité et de mise en concurrence, le caractère régulier de leur recours donne lieu à une interprétation très restrictive aussi bien de la CJUE que du juge administratif national. Leur nombre étant plutôt modeste, il sera possible à l'auditeur d'examiner, dans tous les cas, si les conditions mises par le code à leur utilisation étaient remplies, comme doit, par ailleurs, le mentionner le rapport de présentation auquel ces procédures doivent donner lieu.

## B. Procédures adaptées

Les questions pour lesquelles l'auditeur va chercher des éléments sont les suivantes :

- *la procédure adaptée est-elle utilisée à bon escient?*
- *quand elle est utilisée, son déroulement est-il régulier ?*

Le contrôle des procédures adaptées est plus « exigeant » que celui des procédures formalisées :

1/ Il faut d'abord s'assurer que ces procédures sont utilisées à bon escient.

2/ Les procédures adaptées mêlent des obligations et des libertés. Les obligations elles-mêmes découlent soit de dispositions précises du code, soit des principes généraux de la commande publique.

3/ La catégorie de procédures adaptées est fortement hétérogène :

- la physionomie d'une procédure adaptée de l'article 30 (marchés de services considérés comme non prioritaires au regard des règles des directives) diffère souvent de celle d'une procédure de l'article 28 utilisée pour un marché sous les seuils ;
- parmi ces dernières, il existe un abîme entre les « très petits achats » (sous le seuil de 4 000 €) et les marchés de travaux de plusieurs millions d'euros.

Ce contexte est encore marqué par une autre particularité : les marchés à procédure adaptée de moins de 193 000 €HT ne sont pas soumis à l'obligation de transmission au représentant de l'État.

### ***1. La procédure adaptée est-elle utilisée à bon droit ?***

Si on laisse de côté l'examen du caractère justifié du recours à l'article 30, qui, habituellement, ne soulève pas de difficultés importantes, se pose la question du respect des seuils. L'auditeur doit se livrer à l'examen de quelques procédures adaptées, ayant des objets et des montants diversifiés et se demander si les règles de calcul du montant prévisionnel du marché énoncées à l'article 27 du code ont été correctement suivies.

Il pourra constater si le pouvoir adjudicateur a pris le risque de retenir la procédure adaptée alors que le montant prévisionnel s'approchait manifestement du seuil. En pareille situation, le besoin d'un avenant est de nature à susciter des difficultés.

### ***2. Son déroulement est-il régulier ?***

A bien des égards, un marché à procédure adaptée d'une certaine importance peut faire l'objet du même examen que celui vu ci-dessus pour les marchés à procédures formalisées. Pour cela, il faut reconstituer le référentiel de régularité :

- sur de nombreux points, il n'y a pas, ou guère, de différence : les règles de sélection des candidatures sont les mêmes ; c'est aussi le cas pour ce qui concerne les offres, si

l'on excepte le caractère non obligatoire de la pondération des critères et le mode d'acceptation de variantes ; par ailleurs, la publicité d'un marché à procédure adaptée à partir de 90 000 €HT est proche de celle d'un marché à procédure formalisée ;

- pour d'autres aspects, le code ou la jurisprudence prévoient une adaptation : les spécifications techniques peuvent être définies avec moins de précision, les délais après publicité sont libres mais doivent être « raisonnables » (CE, 5 août 2009, *Région Centre*, req. n°307117) ; enfin, si le support de la publicité est librement choisi sous le seuil de 90 000 €HT, le pouvoir adjudicateur doit, de lui-même, assurer une publicité adaptée à la nature et aux caractéristiques du besoin à satisfaire, au nombre ou à la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre (CE, 7 octobre 2005, *Région Nord - Pas de Calais*) ;
- il ne reste, finalement, que peu de points pour lesquels la procédure adaptée contraste nettement avec la procédure formalisée :
  - le plus important réside dans le fait que le recours à la négociation y est totalement libre ; l'audit pourra porter sur l'information donnée aux candidats sur l'existence d'une négociation et sur les modalités de celles-ci, afin de mesurer leur éventuelle exposition à un risque contentieux au regard de l'égalité de traitement ;
  - en procédure adaptée, le pouvoir adjudicateur n'est pas soumis à l'obligation prévue à l'article 80-I-1° du code des marchés publics, d'informer les candidats non retenus et de ménager un délai de suspension (CE, 19 janvier 2011, *Grand Port Maritime du Havre*, req. n°343435) ;
  - la commission d'appel d'offres est incompétente.

Au plan de la régularité, il n'y aura aucune critique de la part de la CRC si elle constate, soit que l'organisme choisit de recourir, librement, à une procédure formalisée pour des marchés très loin du seuil (à condition que le pouvoir adjudicateur respecte strictement toutes les règles de la procédure ainsi choisie), soit qu'il n'utilise pas la liberté de négocier. Comme il sera évoqué *infra*, ces points peuvent, en revanche, se prêter à une appréciation de la CRC au titre de l'efficacité de la gestion.

### **C. Champ de la commande publique**

La question à laquelle il faut maintenant répondre est la suivante : *tel contrat, telle convention, voire tel versement de subvention a-t-il été conclu ou s'est-il réalisé sans que soient mis en œuvre une publicité et une mise en concurrence alors que le pouvoir adjudicateur aurait dû appliquer le code des marchés publics ?*

#### ***1. Exemples de questions***

Tel organisme, qui conclut des contrats de gré à gré, se comportant comme un opérateur économique privé, n'est-il pas, en réalité, un pouvoir adjudicateur soumis à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 ?

Tel contrat, conclu directement entre une collectivité et une SEML en vertu de la jurisprudence « in house » relevait-il vraiment de cette exception à l'application du code des marchés publics,

Tel versement d'une subvention, assorti d'un contrat d'objectifs conclu entre la collectivité et l'association bénéficiaire, ne risque-t-il pas d'être requalifié en prestation ?

## **2. Difficultés**

Sauf cas manifestes, il peut être malaisé, pour la chambre régionale des comptes, de se prononcer de manière certaine sur ce type de questions. Le juge communautaire, dont la fonction est majeure pour cette problématique, ne rend des décisions relativement espacées qui ne tracent que progressivement les contours de la jurisprudence. Dans ce contexte, les arrêts rendus risquent de donner lieu à une interprétation qui dépasse leur véritable portée.

Au total, il s'agira pour l'auditeur de vérifier que l'organisme n'a pas méconnu de manière manifeste le champ de la commande publique, compte tenu de l'état de la jurisprudence communautaire et nationale au moment où le contrat a été conclu ou la subvention versée.

## **D. Synthèse a propos de la regularite**

### **1. Quelle irrégularité ?**

L'audit est de nature à mettre en lumière plusieurs types d'irrégularités :

- les irrégularités graves, portant préjudice à la collectivité ou à des tiers (absence de publicité, atteinte caractérisée à l'égalité de traitement des candidats, ...) : ces situations, heureusement rares, pourront donner lieu à une communication de la CRC au procureur de la République ou à la Cour des comptes en vue d'une saisine de la CDBF ;
- à l'opposé, le fait de savoir si tel ou tel marché relevait bien de l'AMP (cf. celui qui est à l'origine de l'arrêt SMIRGEOMES) n'a que de lointains rapports avec la notion de régularité communément admise ;
- c'est entre ces deux extrêmes que l'audit de la régularité présente tout son intérêt : attirer l'attention des responsables sur un manque de maîtrise conduisant à s'écarter des règles et exposant l'organisme à des contentieux.

### **2. Référés et observations des CRC**

Comment « situer » l'intervention de la CRC en matière de régularité vis-à-vis de celle du juge des référés ?

Ainsi qu'évoqué ci-dessus, certaines des irrégularités qui, avant SMIRGEOMES, conduisaient à l'annulation de la procédure de passation, pouvaient être vues, lors du contrôle de la CRC comme ne méritant pas de faire l'objet d'observations au titre de la régularité. En revanche, la méconnaissance de la jurisprudence sur ces mêmes questions pouvait être relevée, non pas comme constituant une « irrégularité » mais comme une lacune dans la gestion dans la mesure où l'oubli de la mention appropriée à propos de l'AMP (pour reprendre cet exemple, parmi d'autres) exposait l'organisme au coût induit par l'annulation de la procédure à l'issue d'un référé précontractuel.

Pour résumer, avant SMIRGEOMES, l'appréciation de la régularité pouvait rester en delà de celle du juge des référés sur un certain nombre de sujets.

Avec SMIRGEOMES, la situation s'est inversée. Telle irrégularité, pourtant « sérieuse », qui n'est pas retenue par le juge des référés au motif qu'elle n'a pas lésé le requérant, pourra bien être relevée par la CRC lorsque, quelque temps plus tard, celle-ci procèdera à l'examen de la gestion de l'organisme.

Plus généralement, le fait qu'un requérant n'ait pas su ou n'ait pas pu intenter un recours approprié (référé précontractuel ou référé contractuel) ou que ce recours n'ait pas donné lieu à sanction en raison de la prise en compte d'un intérêt public n'écarte en rien l'éventualité d'observations ultérieures de la CRC.

### **III. Qualité de la gestion –efficacité de la passation**

Comme il a été souligné *supra*, l'examen de la gestion ne se résume pas au contrôle de la régularité. Une gestion économe, efficace et efficiente des fonds publics exige davantage que la simple conformité aux lois et règlements.

En matière de marchés publics, il est attendu des pouvoirs adjudicateurs, non seulement qu'ils en maîtrisent suffisamment la technique pour mener leurs actions en conformité avec la réglementation, mais encore que sur cette base, ils mettent à profit toutes les marges de manœuvre que le code leur laisse pour tendre vers un achat efficient.

En résumé, l'audit de l'efficacité de l'achat consiste ainsi, une fois traitées les questions de régularité, à examiner la stratégie, l'organisation, le pilotage, les résultats des marchés. Les axes d'examen sont nombreux et variés, plus ou moins pertinents selon la taille et la mission de l'organisme. Il est toutefois possible de mettre l'accent sur trois principaux axes de recherche :

- la politique et l'organisation des achats ;
- la globalisation et/ou mutualisation de certains achats ;
- la performance des marchés.

#### **A. Politique et organisation des achats**

Quelles sont, compte tenu de la nature, des missions et de la taille de l'organisme audité, la ou les segmentations pertinentes de ses achats (selon leur spécificité, leur complexité, leur exposition à la concurrence, leur caractère critique ou non, etc.) ?

C'est au niveau des segments pertinents que peuvent avoir été décidées des stratégies d'achat :

- externalisation ou non de services,
- choix entre acquisition et location de divers matériels et logiciels, etc.

L'organisme a-t-il adopté une politique « achats », comportant des objectifs quantifiés et donnant lieu à des rapports annuels ? Comment mesure-t-il les avancées ?

Fait-il l'objet d'une certification ISO relative à l'achat ?

La politique « achats » s'étend-elle de l'amont (définition des besoins) à l'exécution et à son suivi. Y-a-t-il rétroaction de l'exécution vers la passation ?

Quel est le type d'organisation des achats (service centralisé ou non) ?

Comment est menée la formation des acteurs de l'achat ? Veille-t-on à ce que les acheteurs publics disposent, à la fois, de la compétence juridique et de la compétence économique ?

## **B. Globalisation et/ou mutualisation de certains achats**

Quelle est la démarche de globalisation ou mutualisation suivie par l'organisme ? Sur quels segments (en règles générale des achats considérés comme courants vus de l'organisme) ? Pour quels montants et avec quels objectifs ?

Quel effet attendu sur le prix des prestations ? Sur le coût des procédures ?

Quelle est la forme utilisée ?

- globalisation au sein de l'organisme lui-même (cf. le cas du Service des achats de l'État - SAE) ?
- mutualisation par groupements de commandes (hôpitaux, collectivités territoriales) ?
- recours à l'UGAP : pour quels types d'achats ? Avec quelle marge à payer ?
- en cas de groupement de commande, à quel titre : mandataire ou participant ?

L'organisme a-t-il recours, pour les segments d'achats pertinents à la standardisation des commandes (autrement dit la satisfaction des besoins des utilisateurs au moyen d'un nombre réduit de fournitures ou services) ?

## **C. Performance des marchés**

### ***1. Contrat***

Quel est le soin apporté à la définition de besoins ?

Le pouvoir adjudicateur fait-il un usage approprié des accords-cadres ?

A-t-il recours à des lots quand c'est opportun (au-delà des exigences réglementaires) ?

De même, en présence d'un besoin répétitif, le pouvoir adjudicateur a-t-il saisi les opportunités que représentent les accords-cadres ?

Le code des marchés publics laisse une totale liberté dans le choix entre prix unitaires et prix forfaitaires. Dans ce cadre, quelles sont les préconisations dont disposent les acheteurs pour retenir dans tel ou tel cas l'un ou l'autre type de prix ?

Une réflexion est-elle menée sur les différents paramètres du contrat :

- sur quels critères économiques le pouvoir adjudicateur détermine-t-il la durée et les reconductions, les pénalités de retard, les garanties et extensions de garantie, etc. ?
- quelles sont les modifications les plus fréquentes apportées au CCAG lorsque l'acheteur fait références à l'un de ceux-ci ?
- pour les achats courant, a-t-il prévu des clauses préétablies sous la forme de « conditions générales d'achat » ?

Pour des prestations de services s'étalant dans la durée ou susceptibles d'être reconduites, l'acheteur a-t-il prévu des clauses visant à s'assurer de la qualité de la prestation ? Ou des clauses organisant des obligations de résultat et non plus de moyens ? Ou prévoyant la fin de la prestation ?

## 2. Passation

### a) Choix des procédures de passation

S'agissant du choix de la procédure, quel usage le pouvoir adjudicateur fait-il de ses marges de liberté :

- utilisation de la procédure adaptée quand le montant prévisionnel du marché est inférieur aux seuils ?
- recours à la négociation, celle-ci constituant l'intérêt majeur de la procédure adaptée ?
- recours à la procédure négociée de l'article 35-I-2° quand sa justification apparaît établie ?
- en cas d'appel d'offres obligatoire, recours ou non à l'appel d'offres restreint, avec ou sans limitation du nombre de candidats admis à présenter une offre ?
- 

### b) Le recours à la négociation

Quelle est la stratégie de l'organisme en la matière ? En est-il fait un usage plutôt large ou étroit ? Au vu de quelles considérations ?

Les coûts de la négociation sont-ils mis en regard des avantages attendus ?

Quelles sont les modalités des négociations :

- au regard de leur sécurité juridique ?
- au regard de leur efficience, compte tenu des objectifs assignés ?

### c) Réglage fin des procédures

Au-delà du seul respect des règles (portée de la publicité, mentions des avis), le pouvoir adjudicateur utilise-t-il la possibilité d'étendre la publicité à des supports autres que ceux imposés ?

En matière de capacités professionnelles techniques et financières, le pouvoir adjudicateur met-il en œuvre à bon escient la possibilité d'exiger des niveaux minima ou de sélectionner un nombre limité de candidats au vu des dites capacités ?

S'agissant des critères de choix des offres, la prépondérance est-elle donnée à juste titre au prix ou aux critères techniques en fonction de la nature de la prestation attendue ? Est-il fait usage, dans certains cas, du coût global d'utilisation ?

### d) Déroulement de la passation

Quel a été, au cours des dernières années, le nombre d'appels d'offres infructueux, d'abandons de procédure ?

Quel est le nombre moyen de candidatures lors des diverses catégories de procédures ou selon les segments d'achat ? Le nombre moyen des offres ? Celui des offres conformes ?

L'organisme a-t-il cherché à identifier les causes d'un faible nombre de candidatures ou d'offres conformes :

- besoins mal définis (trop ou pas assez de spécifications), quantités non adaptées au marché des fournisseurs (trop peu ou trop), clauses dissuasives (pénalités de retard) ?

- défaut d'information des candidats potentiels (publicité ; information générale en amont ?
- etc.

Quel a été le nombre de contentieux de la passation au cours des dernières années ?

En conclusion, la situation idéale est celle d'un organisme qui :

- d'une part, maîtrise suffisamment la lettre et l'esprit de la réglementation, ce qui lui permet d'assurer avec un risque juridique minimal les procédures formalisées, de conduire les procédures adaptées dans le respect des principes généraux sans verser dans un excès de réglementation interne et, enfin, de limiter les risques induits par les incertitudes encore persistantes sur le champ de la commande publique ;
- d'autre part, de déployer sans restriction toute la dimension économique de l'achat, ne serait-ce qu'en s'adossant à toutes les mesures que le code met à sa disposition à cet effet.

Est en jeu la compatibilité des principes de la commande publique, tournées vers l'intérêt des entreprises candidates ou potentiellement candidates, et l'exigence de la meilleure utilisation possible des fonds publics dans l'intérêt de la collectivité.

## RAPPORT DE SYNTHÈSE

**Cyrille BARDON**

**Président de l'Afac, avocat au barreau de Paris**

**Et**

**Jean CAPIAUX**

**Secrétaire générale et président d'honneur de l'Afac, avocat au barreau de Paris**

### **C. Bardon**

L'esprit de Lacordaire a soufflé sur cette journée, « la procédure libère » est revenu comme un leitmotiv alors qu'inversement le juge asservi.

Frédéric Rollin, comparer le contentieux à Frankenstein, n'était-ce pas très méchant ? Frankenstein représente un amas de cadavres. Essayer de comprendre l'agrégat de contentieux avec ses petits morceaux de contrôle de légalité, ses petits morceaux de pleine juridiction est certes compliqué. Nous avons eu des réponses avec des personnes compétentes. Mais nous ne savons toujours pas ce que donnera *Tropic*, où il va aller, comment il va aller ? Au sens strict du mot, ce contentieux ressemble à un monstre.

### **V. Haïm**

Je voudrai prendre la défense de Frédéric Rollin. Il a dit que le Conseil d'Etat s'était entouré de professeurs et d'avocats et qu'il en était sorti un monstre. Implicitement ne voulait-il pas dire que si le Conseil d'Etat avait travaillé seul avec l'administration le travail aurait été mieux fait ?

### **F. Rollin**

A chacun son métier, au juge de juger, à la doctrine de doctriner et aux avocats de plaider.

### **J. Capioux**

Faire la synthèse d'une journée aussi riche est quasiment impossible. Vous avez pu apprécier, la qualité, la pertinence, la richesse des intervenants. Avec leurs développements de théorie juridique amis aussi avec des aspects concrets et pratiques.

Au fil des interventions, j'ai modestement retenu avec M. Boulouis que marchent côte à côte un vieillard, le recours contre l'acte détachable, et un jeune homme, le référé précontractuel. Comment va se terminer la vie de ce couple ? Le vieillard va-t-il mourir bientôt ? Il va certainement s'essouffler par rapport au jeune homme. Mme Bergeal nous a fait comprendre les faveurs de la direction des affaires juridiques du ministère des Finances envers le jeune homme, c'est-à-dire le référé précontractuel. M. Seyfritz a assimilé les recours classiques, noyau dur des recours spécifiques dans le contentieux de la commande publique, à une lumière morte ce qui paraît antinomique. En caricaturant ses propos, le référé contractuel serait l'enfant naturel de l'arrêt *Tropic* avec l'aide d'une sage-femme ou d'un accoucheur en d'autres termes le droit communautaire et la directive transposée et nationalisée, sans que l'on sache les proportions de cette nationalisation. M. Dreyfus, avec une passe d'armes avec M. Boulouis, nous a confirmé le système des vases communicants : quand le contentieux de l'acte détachable se réduit, d'autres recours montent en puissance. Les métaphores ont été nombreuses aujourd'hui comme celles des portes qui s'ouvrent et se ferment. Ce qui fait penser à une pièce de Feydeau, où on ferme une porte pour en ouvrir une autre. Si une porte

contentieuse se ferme, le requérant va entrer par la fenêtre. M. Haïm a posé une question fort pertinente. Le recours quasi-délictuel est-il soluble dans le contentieux contractuel ? Et nous a laissé frustré car il n'a pas donné de réponse. M. Rollin nous a fait passer de la menuiserie des portes à la plomberie avec des ouvertures et fermetures de robinet. M. Marchesini nous a fait rentrer dans le concret avec l'incidence en termes de punition financière quand l'irrégularité a été soulevée et qu'il est prouvé que la collectivité a lésé un candidat qui avait une chance sérieuse d'obtenir des marchés. A côté de la multitude des recours potentiels, le juge pénal a été aussi évoqué. Dans un contexte de grande concurrence, sans vouloir faire peur aux collectivités, il ne faudrait pas que la fermeture des recours devant le juge administratif ou judiciaire, ait pour conséquence d'inciter des recours plus nombreux devant le juge pénal. S'ils sont peu nombreux en ce qui concerne les marchés publics, en matière de délégations de service public, les contentieux sont quasiment inévitables avec les grands groupes. Que ce soit entre Veolia, La Saur ou les autres, l'attribution à l'un entraîne le référé précontractuel de l'autre, suivi d'un *Tropic*. Les enjeux sont évidemment importants, et la période de répartition entre les groupes sur le territoire national est aujourd'hui terminée. On ne peut que se réjouir que la concurrence soit plus ouverte surtout si cela joue au bénéfice de l'utilisateur. Il faut donc rester attentif à une tentation de dérive vers le juge pénal de la part des grands groupes, parfois pour faire pression pour obtenir des transactions de la part des collectivités. Dans le cadre d'une procédure pénale, avec tous les risques que cela implique, il n'est pas exclu qu'il soit possible d'obtenir l'équivalent indemnitaire avec une constitution de partie civile. Enfin, M. Renouard nous a présenté le juge financier avec d'abord son aspect proprement juridictionnel, la cour de discipline budgétaire et financière. Mais les observations des chambres régionales des comptes sur la gestion sont effectivement tout aussi redoutées par les élus et fonctionnaires. Comme M. Bardon le signalait, attention aux Post-it que l'on peut retrouver à l'occasion des examens de dossiers d'attribution de marché avec les recommandations de tel ou tel élu sur la manière de sélectionner les candidatures. J'invite enfin nos confrères qui pratiquent le droit des collectivités territoriales à rendre contact avec notre association pour qu'elle se pérennise et qu'elle ne devienne pas un auguste vieillard et reste un jeune homme par l'apport de nouveaux membres. Avec Cyrille Bardon, je tiens à remercier l'ensemble des participants venus des quatre coins de France pour écouter les intervenants qui ont eu la gentillesse d'accepter d'apporter leur contribution à notre colloque sur le thème que nous avons retenu.