

Présentation générale de l'ordonnance « *Recours* »

L'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique est le premier acte de transposition de la directive 2007/66/CE 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 du 11 décembre 2007, dite directive « *Recours* ». La transposition sera complétée par un décret d'application qui devrait être publié prochainement, en tout état de cause avant le 1^{er} décembre 2009, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance.

Ordonnance du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique

La définition des contrats de la commande publique

La directive « *Recours* » modifie les directives de 1989¹ et 1992² qui sont à l'origine de la création du référé précontractuel, par la loi n° 92-10 du 4 janvier 1992³. L'objectif du législateur communautaire dérivé était de pallier les insuffisances des textes qui ne permettaient pas de garantir le contrôle de l'application des directives « *Marchés publics* », lorsque le contrat avait été signé et qu'aucun recours n'avait pu être introduit. Cette insuffisance se retrouvait en droit français, la signature du contrat avant que le juge ait statué aboutissant nécessairement à une décision de non-lieu⁴.

Pour répondre à cet objectif, la directive fixe un délai minimal entre la décision d'attribution d'un marché et sa signature, afin de permettre effectivement l'introduction d'un recours, rénové, avant la signature du contrat. Elle impose également aux États membres de créer une voie de recours après la signature du contrat.

Outre la transposition de ces éléments, l'ordonnance⁵ contient la première définition des contrats de la commande publique, qui peuvent faire l'objet des recours définis aux

articles L. 551-1 à L. 551-23 du code de justice administrative. Les articles L. 551-1 et L. 551-5 du code de justice administrative les définissent comme les contrats « *ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public* ». Cette définition, inspirée des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, englobe tous les marchés publics (de travaux, de fournitures ou de services) et les concessions de travaux et les concessions de services, au sens du droit communautaire. Est ainsi consacrée la jurisprudence Communauté de communes du Piémont de Barr, qui admet la possibilité d'exercer un référé précontractuel pour tous les marchés publics au sens du droit communautaire⁶. Sont englobés, tous les contrats qui répondent à cette définition, dont des baux emphytéotiques administratifs, contrats de vente en l'état futur d'achèvement, ou certains contrats d'autorisation d'occupation du domaine public, par exemple dans le cas de la « *gestion d'un équipement implanté sur une dépendance du domaine public ou du domaine privé* ». On relève, par ailleurs, que les délégations de service public sont définies de manière autonome, alors que ce sont des concessions de service, au sens du droit communautaire.

Cette définition remplace la liste des contrats qui entrent dans le champ du référé précontractuel, qui présentait de nombreux inconvénients, malgré la recevabilité du référé précontractuel pour tous les marchés

[Suite du bas de colonne précédent]

de la commande publique, JO du 8 mai 2009, prise sur le fondement de l'article 51 de la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat.

⁶ CE, 20 mai 1998, Communauté de communes du Piémont de Barr, n° 188239.

⁷ J.-F. Lafaix, « *La systématisation inachevée du contentieux de la commande publique* », Contrats-Marchés publics, 2009, étude n° 8.

¹ Directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux.

² Directive 92/13/CEE du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

³ Dispositions codifiées à l'article L. 22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, puis à l'article L. 551-1 et L. 551-2 du code de justice administrative.

⁴ CE Sect., 3 novembre 1995, Société Stentofon Communications, n° 152650.

⁵ Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats [Suite en bas de colonne suivant]

publics, au sens du droit communautaire. Sécurité juridique, lisibilité et transposition complète sont ainsi garanties.

1. L'efficacité renforcée des référés précontractuels

Les deux référés précontractuels – celui applicable aux recours contre les marchés des pouvoirs adjudicateurs, et celui qui concerne les marchés des entités adjudicatrices – sont maintenus par l'ordonnance « *Recours* ». Les pouvoirs du juge distinguent ces deux recours : si le juge dispose d'un pouvoir d'annulation dans le cas des marchés des pouvoirs adjudicateurs (article L. 551—2 CJA), il ne dispose que d'un pouvoir d'injonction-astreinte, lorsqu'il statue sur des marchés des entités adjudicatrices (article L. 551-6 CJA).

Le législateur délégué a procédé à un réajustement du champ respectif des deux recours. La distinction pouvoir adjudicateur / entité adjudicatrice est désormais stricte entre les deux référés. Jusque là, tous les marchés passés en application du code des marchés publics entraient dans le champ de l'ancien article L. 551-1 du code de justice administrative, y compris ceux passés par les personnes soumises au code qui agissent en tant qu'entité adjudicatrice. À partir du 1^{er} décembre 2009, tous les marchés des entités adjudicatrices, y compris ceux passés en application du code des marchés publics devront désormais être contestés sur le fondement de l'article L. 551-5 CJA. Peut-être le juge sera-t-il ainsi amené à préciser davantage le régime du référé précontractuel « *Entités* ».

1.1. Le délai de suspension précisé

Le délai de suspension est le délai minimal que doit respecter un pouvoir adjudicateur entre le moment où il sait à qui il va attribuer le marché (et qu'il en a informé tous les candidats) et le moment où il peut effectivement le signer. Les directives de 1989 et de 1992, dans leur version initiale n'imposent pas un tel délai. La Cour de justice des Communautés européennes a néanmoins considéré que « *Compte tenu des exigences de l'effet utile de la directive recours, il s'ensuit qu'un délai raisonnable doit s'écouler entre le moment où la décision d'attribution est communiquée aux soumissionnaires évincés et la conclusion du contrat, afin de leur permettre, notamment, d'introduire une*

*demande de mesures provisoires jusqu'à ladite conclusion*⁸ ». L'article 80 du code des marchés publics impose le respect d'un délai minimum de dix jours à compter de la date de réception, par les candidats de la notification de la décision de rejet, délai pouvant être réduit, en cas d'urgence, de manière proportionnée⁹. L'introduction d'un tel délai est désormais imposée par l'article 2 bis de la directive 2007/66/CE, pour les marchés publics et les concessions de travaux qui doivent faire l'objet d'une publicité obligatoire au Journal officiel de l'Union européenne.

Cette disposition relève du pouvoir réglementaire mais elle figure dans l'ordonnance pour les contrats de partenariat¹⁰. L'ordonnance précise que le délai de suspension court à compter de l'envoi de la décision d'attribuer le contrat. Cette décision doit comporter les motifs du rejet de l'offre ainsi que le nom du titulaire du contrat et doit être envoyée à l'ensemble des candidats.

Le délai est de seize jours minimum, à compter de la date d'envoi de la décision d'attribuer le marché. Par rapport à l'actuel délai de suspension, ce n'est plus la date de réception de la décision qui compte, mais sa date d'envoi. Ce délai est réduit à onze jours, lorsque la décision d'attribution est envoyée à l'ensemble des opérateurs économiques par voie électronique.

1.2. Le référé précontractuel rénové

La principale modification du référé précontractuel concerne son caractère automatiquement suspensif, sur la signature du marché, du fait de la saisine du juge. Le juge des référés ne sera donc plus amené à devoir prendre, pour chaque recours, une ordonnance de suspension, sans laquelle le recours était voué à un échec systématique si le contrat était signé avant que le juge ne statue¹¹.

⁸ CJCE, 3 avril 2008, Commission c/ Espagne, affaire C-444/06.

⁹ La possibilité de réduire le délai de suspension a été jugée conforme au droit communautaire. CJCE, 11 juin 2009, Commission c/ France, affaire C-327/08.

¹⁰ Article 22 de l'ordonnance n° 2009-515, modifiant l'article 9 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat.

¹¹ La signature du marché a pour conséquence le prononcé d'un non-lieu à statuer (CE Sect., 3 novembre 1995, Société Stentofon Communications, [Suite en bas de colonne suivant]

Le délai de suspension : délai minimum à respecter entre l'envoi de la décision d'attribution et la signature du marché

Le référé précontractuel, recours automatiquement suspensif sur la signature du marché

Dans l'hypothèse où la signature du contrat interviendrait en cours d'instance, l'ordonnance ne prévoit aucun mécanisme de saisine automatique du juge du référé contractuel. Les conditions de recevabilité du recours en référé contractuel, ainsi que les moyens susceptibles d'être utilement invoqués dans le cadre de ce recours, sont d'ailleurs différents. Il appartient en conséquence au requérant, le cas échéant et s'il y est recevable, de porter son litige devant le juge du référé contractuel. Il y a d'ailleurs vocation si la signature du contrat est intervenue en violation du caractère suspensif du recours en référé précontractuel.

Le caractère contradictoire de la procédure est par ailleurs renforcé. Le juge est tenu d'inviter les parties à présenter leurs observations lorsqu'il envisage de prononcer d'office une mesure. Cette disposition n'est en fait pas nouvelle, elle constitue la reprise par le législateur de la jurisprudence Commune d'Andeville¹².

2. La création d'un référé contractuel

L'introduction dans le contentieux administratif français d'un tel recours aurait pu paraître révolutionnaire¹³, si elle n'avait été facilitée par la création, par le Conseil d'État et avant la publication au Journal officiel de l'Union européenne de la directive 2007/66/CE¹⁴, d'un recours post-contractuel ouvert aux « candidats évincés¹⁵ ».

Afin de répondre aux exigences procédurales posées par la directive 2007/66/CE, le recours après la signature du contrat est construit à l'image du référé précontractuel. S'il en

constitue le complément indispensable, afin de parvenir de façon pleine au contrôle du respect des exigences posées par les directives marchés et recours, il ne constitue pas simplement un prolongement de celui-ci après la signature du contrat.

2.1. La forme des référés, réponse aux exigences d'efficacité et de rapidité

La directive 2007/66/CE impose que les recours soient « efficaces », « aussi rapides que possible¹⁶ ». Ces caractéristiques avaient conduit le législateur à organiser le recours précontractuel en la forme des référés. Il en est de même pour le recours après la signature du contrat. Le recours contractuel est donc un recours exercé en la forme des référés, c'est-à-dire devant un juge unique, sans rapporteur public, statuant en premier et dernier ressort.

En outre, comme le référé précontractuel, le référé contractuel est un recours au fond. Le juge dispose de pouvoirs étendus : annuler, réduire la durée, résilier, sanctionner pécuniairement. La présentation du référé précontractuel par le professeur Chapus peut sans difficulté être reprise pour le référé contractuel : « Il vient d'ailleurs. Ce qui explique qu'il confère au juge des référés des pouvoirs dont, selon les principes de notre droit, le juge du principal lui-même ne dispose pas¹⁷ ».

Ces pouvoirs, exorbitants pour un juge unique, doivent néanmoins être mis en œuvre, dans certaines hypothèses, à l'issue d'une procédure contradictoire, contrepartie à la procédure exorbitante. Lorsque le juge envisage de prononcer d'office une mesure quelle qu'elle soit, il est tenu d'organiser un contradictoire (article L. 551-21 CJA). Cette obligation est renforcée lorsque le juge envisage de prononcer une sanction pécuniaire. Dans ce cas, même lorsque le prononcé de cette sanction a été demandé par une partie, le juge est tenu d'organiser une procédure contradictoire, ce qui va permettre de soumettre au débat entre les parties le quantum de la sanction¹⁸.

[Suite du bas de colonne précédent]

n° 152650), solution qui n'était pas évidente du fait de la triple interprétation possible de la précédente rédaction : « le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat ». Le caractère précontractuel est désormais renforcé, puisque les articles L. 551-1 et L. 551-5 du code de justice administrative disposent explicitement que : « Le juge est saisi avant la conclusion du contrat ».

¹² CE, 20 octobre 2006, Commune d'Andeville, n° 289234.

¹³ G. Kalfèche, « La modification des directives « Recours » en matière de marchés publics », Europe, 2008, étude 4, pages 4-9, spéc. page 5.

¹⁴ JOUE du 20 décembre 2007.

¹⁵ CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation, n° 291545.

¹⁶ Article 1^{er} § 1 de la directive 2007/66/CE.

¹⁷ R. Chapus, Droit du contentieux administratif, Monchrestien, coll. Domat droit public, 12^{ème} éd., page 1439.

¹⁸ En tout état de cause, la sanction ne peut dépasser 20 % du montant hors taxes du marché (article L. 551-22 du code de justice administrative).

Le recours contractuel peut être ouvert pendant un délai qui peut aller jusqu'à six mois suivant la conclusion du contrat. Des contrats pourront donc faire l'objet de ce recours alors qu'ils sont en cours d'exécution. Le juge dispose donc de la possibilité de suspendre, pour la durée de l'instance, l'exécution du contrat (article L. 551-17 CJA).

2.2. Le référé contractuel, un recours complémentaire au référé précontractuel

Le référé contractuel, recours curatif

Le référé contractuel ne peut être exercé par un requérant qui a fait un référé précontractuel, lorsque le juge a statué sur le recours et que le pouvoir adjudicateur s'est conformé à la décision juridictionnelle. Cette disposition traduit bien le caractère subsidiaire du référé contractuel. Dans cette situation, le référé contractuel n'aurait de toute façon aucun intérêt. En effet, aucun moyen susceptible d'être retenu ne pourrait être invoqué.

Le nouveau recours ne constitue pas une simple prolongation du référé précontractuel. Tous les moyens qui peuvent être invoqués devant le juge précontractuel ne peuvent être soulevés devant le juge du référé contractuel. Le juge ne pourra sanctionner que des violations qui ne peuvent pas faire l'objet d'un recours avant la signature, ou qui n'ont pas pu être contrôlées, du fait de la signature du contrat. En ce sens, le référé contractuel constitue un complément du référé précontractuel. Le référé précontractuel a été qualifié de recours « *préventif*¹⁹ », le référé contractuel pourrait être qualifié de recours « *curatif* ».

Parmi les violations qui ne peuvent être contrôlées qu'après la signature du contrat figure la violation du délai de suspension, et la violation de l'obligation de ne pas signer le marché alors qu'un référé précontractuel avait été introduit. Ces violations peuvent être sanctionnées, au choix du juge, par des pénalités financières, la résiliation du marché, la réduction de sa durée d'exécution ou sa nullité.

Les autres violations qui doivent être sanctionnées par le juge du référé contractuel sont celles que le juge n'a pas

pu contrôler avant la signature du contrat. Il s'agit des situations suivantes :

- absence totale de publicité ou absence de publicité au Journal officiel de l'Union européenne, alors qu'elle était requise,
- violation des modalités de remise en concurrence des marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique,
- manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, lorsque le pouvoir adjudicateur a signé le marché avant l'expiration du délai de suspension ou avant que le juge du référé précontractuel ait statué sur un recours.

En effet, dans cette dernière situation, on considère que le juge du référé précontractuel n'a pas pu statuer, puisque le contrat a été signé, avant qu'un juge ait pu statuer ou être saisi. Pour ces situations considérées comme les violations les plus graves, le juge est tenu de prononcer la nullité du contrat.

Ainsi, une signature anticipée d'un marché est sanctionnée de manière graduée selon que le pouvoir adjudicateur est de bonne ou de mauvaise foi. S'il a simplement violé l'une des suspensions (délai minimum à respecter avant de signer un marché ou obligation de ne pas signer un marché tant que le juge du référé précontractuel n'a pas statué), le juge détermine librement, parmi les quatre sanctions, celle qu'il va prononcer. Par contre, si cette violation s'accompagne d'un manquement à une règle de passation, soit lorsqu'on peut supposer que la signature du marché a été précipitée pour empêcher le juge précontractuel de se prononcer, le contrat sera nécessairement annulé rétroactivement.

La création de ce nouveau référé pose la question de son articulation avec le recours Tropic²⁰, qui devrait conduire à des évolutions de la jurisprudence sur le contentieux des contrats de la commande publique²¹.

Maëlle Foerster (Direction des affaires juridiques)

¹⁹ R. Chapus, Droit du contentieux administratif, précité, page 1441.

²⁰ CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation, n° 291545.

²¹ Voir sur cette question, article du même auteur, « *Superposition, articulation et friction des recours en matière de commande publique* », page 198.