

Superposition, articulation et friction des recours en matière de commande publique

De récentes modifications, jurisprudentielles et réglementaires, ont touché le contentieux des contrats de la commande publique. Dès l'entrée en vigueur de l'ordonnance « *Recours* » le 1^{er} décembre 2009 coexisteront deux voies de recours permettant la contestation de contrats signés.

Recours en contestation de la validité du contrat et référé contractuel

Le Conseil d'État, en Assemblée¹ du contentieux, a organisé un recours de pleine juridiction, ouvert à certains tiers, en contestation de la validité d'un contrat, signé. Bien que la solution ait été adoptée dans le contexte de la modification des directives « *Recours* », celui-ci n'est qu'un des éléments mis en avant par le rapporteur public pour justifier le revirement proposé. Cette « *révolution* » jurisprudentielle est le résultat d'une longue évolution juridique et avait fait l'objet de consultations approfondies menées par le Conseil d'État avec la doctrine. Il soulignait en outre de la complexité certaine du contentieux en matière de contrats, et de « *l'épuisement de la théorie des actes détachables*² ».

Le législateur délégué, transposant la directive 2007/66/CE « *Recours* », a créé un référé contractuel, recours dirigé également contre un contrat conclu. Ce dernier né des recours en matière de contentieux contractuel est fortement encadré, tant du point de vue des pouvoirs du juge que des irrégularités susceptibles d'être sanctionnées. Seules certaines violations des obligations de publicité et de mise en concurrence qui n'ont pu être contrôlées par la voie du référé précontractuel et qui sont applicables aux contrats de la commande publique, définis aux articles L. 551-1 et L. 551-5 du code de justice administrative peuvent être contestés par cette voie³.

Ces deux recours ont ainsi pour point commun d'être tous deux dirigés contre des contrats signés, que le juge peut annuler ou dont il peut abréger la durée d'exécution.

De nombreuses différences les distinguent pourtant : intérêt à agir, nature des contrats pouvant être contestés, pouvoirs du juge, marge de manœuvre du juge dans le choix de la sanction à prononcer.

Les deux recours ne sont pas exactement similaires, ce qui pourrait garantir l'avenir de la jurisprudence Tropic (1.), sous réserve de certaines évolutions (2.).

1. Le maintien certain du recours Tropic

1.1. Le contrôle des contrats exclus du champ des référés

Seuls (mais tous) les contrats de la commande publique relèvent du champ des référés précontractuels et contractuels. Ce sont 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* » (article L. 551-1 du code de justice administrative), c'est-à-dire notamment les marchés publics, les contrats de partenariat, les concessions de travaux ou de services, les concessions d'aménagement...

Le champ du recours Tropic est plus large puisqu'il concerne tous les contrats administratifs, et donc par exemple, pourrait concerner les concessions domaniales, les contrats d'objectifs avec des entreprises ou des établissements publics...

Il est vrai que la jurisprudence se borne à n'admettre un intérêt à agir qu'aux « *candidats évincés* ». En conséquence, seule la validité des contrats devant être soumis à une procédure de mise en concurrence peut être contestée par cette voie de droit.

¹ CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe, n° 291545.

² Conclusions de D. Casas sur : CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe, RFDA, 2007, page 696.

³ Articles issus de la modification du code de justice administrative par l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique.

L'entrée en vigueur de l'ordonnance « *Recours* » ne devrait pas avoir d'incidence sur les évolutions éventuelles à venir du contentieux de ces contrats, l'ordonnance n'ayant aucune vocation à le régir. Le recours Tropic continue donc à présenter un intérêt pour ces contrats.

1.2. Le contrôle de moyens inopérants devant les juges des référés

Le juge du référé précontractuel limite son contrôle aux seuls manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence applicables lors de la passation des contrats. Il refuse ainsi de contrôler : le respect du droit de la concurrence – ententes et abus de position dominante⁴ – ; la compétence de la collectivité pour contracter⁵, la compétence du signataire du contrat⁶, le respect du principe de spécialité des établissements publics⁷.

Plus restrictif encore est le nombre et la nature des violations que le juge du référé contractuel peut sanctionner. Celles-ci se limitent, en effet, à l'absence totale de publicité, l'absence de publication au Journal officiel de l'Union européenne alors qu'elle était requise, la violation de modalités de remise en concurrence des marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, la violation du délai de suspension de la signature du contrat, celle de l'obligation de ne pas signer le marché quand un référé précontractuel a été exercé, ou un manquement à une obligation de publicité et de mise en concurrence, seulement lorsqu'a été méconnue l'une des deux suspensions.

Ainsi, l'exercice des référés ne peut suffire à purger tout vice susceptible d'entacher un contrat de la commande publique. La voie de l'acte détachable et l'intervention de trois juges dans le contentieux contractuel a été dénoncée par le rapporteur public

⁴ CE, 24 octobre 2001, Collectivité territoriale de la Corse, n° 236293.

⁵ CE, 30 juin 1999, Demathieu et Bard, n° 198993.

⁶ CE, 8 février 1999, Société Campenon-Bernard, n° 188100.

⁷ CE, 21 juin 2000, Syndicat intercommunal de la Côte d'amour et de la presqu'île guérandaise, n° 209319.

Casas, et son archaïsme a constitué une des justifications du revirement opéré dans la décision Tropic.

Par ailleurs, le fait qu'un recours contre un contrat soit rejeté par le juge du référé contractuel, puis sanctionné par la voie du plein contentieux ne devrait pas susciter de difficulté particulière. En effet, la sanction ne résultera pas de la violation des obligations de publicité et de mise en concurrence. Cette situation peut se rencontrer aujourd'hui. Rien n'interdit en effet que la passation d'un contrat soit validée par le juge du référé précontractuel, puis que ce même contrat soit sanctionné ultérieurement, sur un fondement juridique différent. Le fait que le recours en contestation de la validité du contrat et le référé contractuel sont deux voies de recours dirigées contre un contrat conclu, ne crée pas de friction supplémentaire insurmontable.

Le recours en contestation de la validité devrait donc, là encore survivre, comme voie de recours complémentaire permettant le contrôle des moyens que les juges des référés refusent de connaître.

Pourtant, le recours Tropic est aussi ouvert pour les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, pour lesquels des voies de recours spécifiques existent. Cette superposition devrait rendre une évolution de la jurisprudence Tropic inéluctable.

2. L'adaptation nécessaire du recours Tropic

2.1. Une impossible coexistence à l'identique

2.1.1. La fragilisation par le recours Tropic de l'objectif d'incitation à utiliser le référé précontractuel

Une caractéristique du système de recours issu de la modification des directives « *Recours* » est de faire en sorte que les obligations issues des directives « *Marchés* » soient contrôlées au moment opportun. Ainsi, lorsque des éléments de la procédure de passation des marchés peuvent être contrôlés avant que le contrat soit signé, ils ne peuvent plus l'être après la signature. Il n'est possible de déroger à cette règle que lorsque le juge du référé

précontractuel n'a pas pu contrôler ou sanctionner ces éléments du fait de la signature anticipée du contrat, en violation du délai de suspension ou de l'obligation de ne pas signer un contrat, jusqu'à ce que le juge du référé précontractuel ait statué. Ceci permet d'assurer la sécurité juridique et économique du contrat signé.

Le recours Tropic incompatible avec les contraintes de la directive « Recours »

En revanche, les éléments de la procédure de passation peuvent faire l'objet de contrôle et de sanction dans le cadre du recours Tropic. En effet, le juge ne semble pas rejeter, par cette voie, des moyens qui auraient pu ou dû être soulevés avant la signature du contrat. Or, ceci est bien à la base du système des référés en matière de contrats de la commande publique, système qui serait fragilisé, si une voie de recours permet un contrôle des éléments de la procédure de passation après la signature d'un contrat.

2.1.2. La nécessité d'assurer la sécurité juridique dans le temps

Afin d'assurer la sécurité juridique des contrats dans le temps, le recours après la signature du contrat doit répondre à l'exigence de rapidité⁸, et être enserré « dans un délai minimal raisonnable de prescription⁹ ». Le recours Tropic ne répond pas à ces caractéristiques.

Le référé contractuel est organisé selon une procédure rapide, en la forme des référés, à juge unique, sans rapporteur public, le juge statuant en premier et dernier ressort, et dans des délais brefs.

Au contraire, le recours en contestation de validité est un recours de plein contentieux, sans qu'une procédure d'urgence soit organisée, même si le référé suspension¹⁰ permet qu'un juge prononce rapidement la suspension de l'exécution du contrat. Ainsi,

⁸ Article 1^{er} § 1 de la directive 2007/66/CECE 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.

⁹ Considérant 25 de la directive 2007/66/CE.

¹⁰ Article L. 521-1 du code de justice administrative.

le juge statue selon les délais de jugement habituels, en premier ressort, ce qui rallonge la durée totale de la procédure.

En outre, la directive prévoit qu'un recours ne peut plus être introduit au-delà des six mois qui suivent la conclusion d'un contrat.

Le recours Tropic peut être introduit pendant un temps plus bref, puisqu'il est de deux mois à compter de l'accomplissement d'une mesure de publicité appropriée. Pourtant, le délai peut être beaucoup plus long que pour le référé contractuel. En effet, dans le cas du recours Tropic, ce délai peut ne jamais commencer à courir, lorsqu'aucune publicité de la signature du marché n'a été faite, ou lorsque celle qui a été réalisée sera considérée comme n'étant pas appropriée. L'appréciation de ce qu'est une publicité adéquate peut s'avérer délicate, à l'instar de la jurisprudence, parfois subtile, sur la procédure adaptée, au sens de l'article 28 du code des marchés publics.

2.1.3. Les pouvoirs du juge du référé contractuel très encadrés

Deux recours différents, susceptibles de sanctionner les mêmes manquements, ne peuvent cohabiter aisément. Cette cohabitation est d'autant plus délicate que la marge de manœuvre des juges n'est pas la même. Le juge du référé contractuel est parfois tenu de prononcer la nullité d'un contrat¹¹, ce qui n'est pas le cas dans le recours Tropic.

Pourtant, si le risque de friction entre les deux voies de recours est assez évident, la délimitation de ce que devrait ou pourrait être le recours Tropic est assez délicate.

2.2. Une cohabitation aux contours difficilement prévisibles

2.2.1. Quel sort pour les moyens qui peuvent être soulevés devant le juge du référé contractuel ?

Dans le cas des marchés qui doivent pouvoir faire l'objet d'un référé précontractuel, c'est-à-dire ceux pour lesquels le respect d'un

¹¹ Article L. 551-18 du code de justice administrative.

délai de suspension est obligatoire (marchés qui doivent faire l'objet d'une publication au Journal officiel de l'Union européenne), il ne fait guère de doute que les moyens que peut connaître le juge du référé contractuel ne devraient pas pouvoir être présentés dans le cadre d'un recours Tropic.

Si un requérant a le choix entre ces deux recours, il est de toute façon préférable pour lui d'opter pour la voie du référé contractuel, du fait des caractéristiques du recours (forme des référés, jugement rendu en premier et dernier ressort, délai bref du juge pour statuer, cas de nullité automatique).

Dès lors que la voie du référé contractuel est close et qu'un recours Tropic est toujours envisageable, la question est plus délicate. En effet, la jurisprudence devrait trancher entre conserver la sécurité juridique d'un contrat, et laisser un marché éventuellement passé irrégulièrement s'exécuter, ou corriger d'éventuelles violations. Même dans cette hypothèse, la jurisprudence devrait évoluer dans le sens de la fermeture du recours en contestation de la validité du contrat. À défaut, cela pourrait rompre l'équilibre recherché par le législateur entre le respect des règles de passation des marchés d'une part, et la sécurité juridique et économique des contrats d'autre part, passé un certain délai (le référé contractuel peut être ouvert jusqu'à six mois suivant la conclusion du contrat).

2.2.2. Quel sort pour les moyens qui peuvent être invoqués devant le seul juge du référé précontractuel ?

Si le recours Tropic devait permettre de poursuivre le contrôle de la procédure de passation une fois le contrat signé, c'est l'objectif de préservation de la sécurité juridique du marché qui serait contourné. Cette situation serait d'autant plus dommageable que l'organisation du référé contractuel a été conçue pour minimiser les risques d'annulation d'un contrat longtemps après sa signature.

Sanctionner des éléments de la procédure de passation plusieurs mois après son déroulement n'aurait d'ailleurs guère de sens, d'autant moins que le juge n'aurait le

plus souvent d'autre solution que d'annuler un marché s'il est totalement exécuté, ce qui contredit l'objectif même de sécurité juridique, et l'intention du législateur. Cette situation est renforcée par le fait que la suspension de l'exécution du marché serait difficile à obtenir, la condition d'urgence étant notamment admise lorsque le contrat a été signé précipitamment, en violation d'une injonction de ne pas le signer. Or si on combine manquement à une procédure de passation et signature anticipée du contrat, le référé contractuel est ouvert. L'intérêt d'un recours Tropic s'en trouverait alors très limité.

2.2.3. Quel sort pour le recours Tropic, lorsque la voie du référé contractuel est fermée ?

En vertu de l'article L. 551-15 du code de justice administrative, le référé contractuel ne peut être exercé à l'encontre de certains contrats, lorsque le pouvoir adjudicateur a organisé une procédure spécifique permettant l'introduction d'un référé précontractuel. Il s'agit des contrats dont la passation n'est pas soumise à publicité préalable obligatoire, et ceux pour lesquels une telle obligation existe sans qu'il y ait une obligation d'envoyer la décision d'attribution du contrat aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre et respecté un délai minimum avant de signer le contrat.

L'objectif de cette disposition est de favoriser le contrôle de ces contrats avant qu'ils ne soient signés, alors même qu'ils ne sont pas soumis aux formalités communautaires de passation.

Or, dès lors que ces contrats peuvent être contrôlés avant leur signature, rien ne semble justifier qu'ils puissent faire l'objet d'un recours post-contractuel. De la même manière que le contrôle de la procédure de passation ne devrait plus pouvoir être contrôlée par la voie du recours Tropic pour les marchés formalisés, il devrait en être de même pour les contrats passés de gré à gré qui peuvent faire l'objet d'un référé précontractuel dans les mêmes conditions que les marchés formalisés.

Quel avenir pour la jurisprudence Tropic ?

2.2.4. Quel recours pour les marchés qui ne peuvent pas être contestés par la voie du référé précontractuel ?

L'ordonnance « *Recours* », point de départ de nouvelles évolutions jurisprudentielles ?

Le sort du contentieux de la publicité et de la mise en concurrence des marchés qui peuvent ne pas être contestés par la voie du référé précontractuel, est soumis à des contraintes particulières, parfois difficilement compatibles.

Ces marchés ne sont réglementairement soumis au respect d'aucun délai de suspension avant la conclusion du marché. L'exercice d'un référé précontractuel, permettant un contrôle des modalités de la procédure déterminées par le pouvoir adjudicateur en fonction de l'objet et des caractéristiques du marché, n'est donc pas garanti. Certes, la voie du référé contractuel est ouverte, mais on sait que ce recours permettra simplement au juge de vérifier si le pouvoir adjudicateur pouvait ou non passer un marché de gré à gré. En cas de réponse positive, le référé contractuel ne permet l'exercice d'aucun contrôle sur la procédure elle-même¹².

Face à cette situation, on pourrait comprendre que la voie du recours en contestation de validité soit ouverte. Ce serait, en effet, la seule voie de recours susceptible de permettre que le choix des éléments de la procédure de passation soit examiné par un juge.

Pourtant, il apparaîtrait étrange que les marchés qui sont soumis au formalisme le plus allégé puissent faire l'objet d'un recours qui peut être ouvert pendant un délai long¹³, sans que soient limités les moyens pouvant être soulevés.

Inversement, il pourrait apparaître surprenant que les contrats qui ne sont pas soumis à une obligation textuelle de respecter un délai minimum avant de signer un marché, ne puissent faire l'objet d'aucun recours. Ceci pourrait constituer un encouragement certain

de la course à la signature, et favoriser le développement de pratiques incompatibles avec le respect des principes fondamentaux, communautaires et nationaux, de la commande publique, applicables à tous les contrats.

Il reviendra à la jurisprudence de s'adapter, afin de concilier ces diverses considérations. Une réponse, se situant dans l'esprit du système de recours tel qu'issu de la directive, pourrait être trouvée dans l'encouragement à respecter un délai raisonnable avant la signature du contrat. Dans cette hypothèse, la jurisprudence du Conseil d'État devrait alors évoluer dans le sens d'une fermeture du recours post-contractuel, à l'image du mécanisme issu de la directive « *Recours* », transposé en droit interne, de fermeture du référé contractuel, dès lors qu'un recours précontractuel peut être exercé.

Si l'efficacité des procédures de recours est certainement renforcée, l'entrée en vigueur de l'ordonnance « *Recours* » au 1^{er} décembre 2009, devrait s'accompagner de précisions ou d'infléchissements de la jurisprudence relative au recours Tropic. À défaut, cela risquerait de limiter, non pas le texte, mais l'esprit du système des recours spécifiques applicables aux contrats de la commande publique. Loin d'être l'aboutissement de la réforme du contentieux des contrats de la commande publique, l'ordonnance « *Recours* » devrait être le point de départ de nouvelles évolutions.

Maëlle Foerster (Direction des affaires juridiques)

¹² Article L. 551-18 à L. 551-20 du code de justice administrative.

¹³ Le délai de recours de deux mois court à compter de l'accomplissement de mesures de publicité appropriées.

Tableau comparatif des recours Tropic et du référé contractuel

	Recours Tropic	Référé contractuel
Contrats concernés	Contrats administratifs	Marchés au sens des directives « <i>Marchés</i> », concessions de services et délégations de service public
Personnes ayant un intérêt à agir	Concurrents évincés	Toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée Représentant de l'État pour les marchés passés par les collectivités territoriales et leurs établissements publics
Moyens invocables	Vice pouvant entacher la formation ou la validité du contrat Irrégularités affectant le contenu des obligations contractuelles	Conclusion illégale d'un marché sans publicité préalable Conclusion d'un marché en violation du délai de suspension (éventuellement accompagnées de violations substantielles des directives « <i>Marchés</i> » Violation de l'obligation de ne pas signer le marché en cas de saisine du juge avant la conclusion du contrat Méconnaissance des procédures de mise en concurrence spécifiques aux marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre ou d'un SAD
Pouvoirs du juge	Modification de clauses du contrat Annulation des clauses divisibles du contrat Résiliation Maintien du contrat, éventuellement sous réserve de régularisations Annulation totale ou partielle, le cas échéant avec un effet différé Indemnisation en réparation des droits lésés	Annulation du marché Réduction de la durée d'exécution du marché Résiliation Pénalités financières Suspension de l'exécution du marché
Délais de recours	2 mois à compter des mesures de publicité appropriées	Pas de recours, sous certaines conditions, pour les marchés de gré à gré 1 mois à compter de la publication d'un avis d'attribution au JOUE 6 mois à compter de la conclusion du contrat