

Commentaire

Le référé contractuel n'est pas une séance de rattrapage



mardi, 01 juin 2010 06:15



Yann Simonnet, avocat au barreau de Paris, revient ce mois-ci sur une récente ordonnance de TA, qui revient sur la question des moyens invocables dans le cadre du référé contractuel.

L'un des principaux apports de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 est la création du référé contractuel. Ce nouveau recours, régi par les articles L. 551-13 et suivants (1) du Code de justice administrative est souvent présenté comme le pendant, postérieur à la signature du contrat, du référé précontractuel. Pourtant, si ces deux recours présentent effectivement certaines analogies, les questions des moyens invocables et des pouvoirs du juge semblent dessiner deux recours aux logiques bien distinctes. Dans l'affaire qui nous intéresse, une commune avait lancé une procédure adaptée aux fins d'attribuer un marché dont l'objet était la production exécutive d'un festival musical. Conformément aux dispositions du Code des marchés publics, l'attribution du marché avait été précédée de mesures de publicité et d'une mise en concurrence. Par une requête en date du 29 mars 2010, un candidat évincé saisit le TA de Melun d'un référé contractuel aux fins de voir annulé le marché. En substance, le requérant critiquait les conditions dans lesquelles la collectivité avait apprécié les offres et soutenait que l'offre choisie n'était pas conforme au dossier de consultation. Si la commune a répondu au fond à l'ensemble des moyens invoqués par la requérante, elle a surtout relevé qu'aucune des irrégularités invoquées par le requérant ne faisait partie de celles énumérées à l'article L.551-18 du CJA, concluant ainsi au rejet de la requête en ce qu'elle était fondée sur des moyens inopérants. Le juge des référés du TA de Melun se devait donc de prendre position sur la question des moyens invocables dans le cadre du référé contractuel, question qui, jusqu'à aujourd'hui, n'a eu de cesse de diviser les commentateurs.

Les manquements invocables en référé contractuel

Pour rappel, l'article L.551-14 du CJA prévoit que les personnes qui sont habilitées à introduire un référé contractuel sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui « sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence » auxquelles sont soumis le contrat en cause. A la lecture de cet article, il serait naturel de considérer que dans le cadre du référé contractuel les requérants peuvent invoquer les mêmes moyens que dans le cadre du référé précontractuel, à savoir tout manquement à une obligation de publicité ou de mise en concurrence. Toutefois, une telle interprétation semble difficilement conciliable avec les dispositions des articles consacrés aux pouvoirs du juge du référé contractuel.

En effet, l'article L.551-18 du CJA prévoit que le juge doit nécessairement prononcer la nullité du contrat dans trois hypothèses : aucune des mesures de publicité requises pour la passation du contrat en cause n'a été prise ou, alors qu'elle est prescrite, il n'a pas été procédé à une publication au Journal officiel de l'Union européenne ; 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 ; le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la période de suspension de la signature liée à la saisine du juge du référé précontractuel.

Toutefois, dans cette dernière hypothèse, le juge n'est tenu de prononcer la nullité que lorsque sont cumulativement satisfaites deux conditions : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer un référé précontractuel et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles la passation du contrat est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'en obtenir l'attribution. Lorsque les deux conditions susvisées ne sont pas réunies, le juge a la possibilité de prononcer une autre sanction que la nullité (résiliation, réduction de la durée du contrat, pénalité financière) (art. L. 551-20 du CJA). Par ailleurs, dans les trois cas énumérés à l'article L. 551-18, le juge bénéficie de cette même latitude dès lors que la nullité se heurterait à une « raison impérieuse d'intérêt général » (art. L.551-19 du CJA).

Une interprétation stricte de l'article L.551-18 du CJA

En revanche, aucun article ne prévoit quelle(s) sanction(s) le juge peut ou doit prononcer lorsque

celui-ci est saisi d'irrégularités autres que celles prévues par l'article L.551-18. Ainsi, si l'article L.551-14 semble autoriser les requérants à invoquer tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, aucune disposition du CJA ne précise les pouvoirs dont dispose le juge pour sanctionner les d'irrégularités autres que celles énumérées à l'article L.551-18.

Face à cette contradiction, les commentateurs se sont divisés en deux camps. Pour les tenants d'une interprétation large des dispositions relatives au référé contractuel, les articles L.551-18 et suivants se justifieraient par la nécessité d'encadrer les pouvoirs du juge lorsque celui-ci est en présence des irrégularités les plus graves en l'obligeant à prononcer la nullité du contrat. En revanche, lorsque le juge est saisi d'irrégularités non visées par l'article L.551-18, il serait libre quant au choix de la sanction idoine. Pour les autres commentateurs, favorables à une interprétation stricte, la solution est plus radicale : le juge ne peut utiliser ses pouvoirs que pour sanctionner les irrégularités définies à l'article L.551-18, le référé contractuel n'étant donc ouvert que dans les trois hypothèses visées par cet article.

C'est cette seconde interprétation que va retenir le juge du référé du TA de Melun. En effet, après avoir rappelé les dispositions de l'article L.551-18, le juge indique « qu'il résulte de ces dispositions que le juge des référés ne peut mettre en œuvre les pouvoirs qui lui ont été dévolus que si aucune des mesures de publicité requises pour la passation du marché litigieux n'a été prise, si a été omise une publication au Journal officiel de l'union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite ou si le marché litigieux 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 ». Or, dans l'affaire qui était soumise au tribunal, aucune de ces irrégularités n'était invoquée par la requérante et, en tout état de cause, n'était invocable puisque la commune avait respecté ses obligations procédurales. Dès lors, le juge des référés en conclut logiquement « que, par suite, en l'absence d'une des irrégularités autorisant une annulation, limitativement énumérées par les dispositions précitées, la requête de l'association Vivre Vite ne peut qu'être rejetée comme non fondée ».

Le référé contractuel n'est pas une alternative au référé précontractuel

Il ressort donc de l'ordonnance du TA de Melun que le référé contractuel ne doit pas être considéré comme une alternative au référé précontractuel. En effet, il ne peut permettre au tiers insuffisamment diligent d'introduire, après la signature du contrat, la requête qu'il aurait omis de déposer en temps utile devant le juge du référé précontractuel : le référé contractuel n'est pas une séance de rattrapage. De même, un requérant ne pourrait, pour de pures raisons stratégiques, décider de ne pas introduire un référé précontractuel et attendre la signature du contrat afin d'introduire un référé contractuel (2). On n'introduit donc pas un référé contractuel par choix mais seulement lorsqu'on y est contraint faute d'avoir pu introduire un référé précontractuel. Or, on présume qu'un opérateur économique normalement diligent est dans l'impossibilité d'introduire un référé précontractuel que dans les trois seules hypothèses de l'article L.551-18.

Cette ordonnance signifie-t-elle pour autant qu'il serait inutile d'invoquer d'autres irrégularités que celles énumérées à l'article L.551-18 devant le juge du référé contractuel ? On relèvera tout d'abord que le TA de Melun a rejeté la requête comme non fondée et ne l'a pas déclarée irrecevable ; l'invocation d'une des trois irrégularités de l'article L.551-18 relève donc du bien fondé de la requête et non de sa recevabilité. Par ailleurs, lorsqu'un requérant invoque le non respect du délai de *stand still* ou de l'interdiction de signer le contrat suite à l'introduction d'un référé précontractuel, celui-ci aura intérêt à invoquer d'autres manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence. En effet, nous avons vu que, saisi de telles irrégularités, le juge n'est tenu de prononcer la nullité que lorsque sont réunies deux conditions : l'irrégularité a 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 est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'en obtenir l'attribution » (3). Ainsi, s'il veut contraindre le juge à prononcer la nullité, le requérant doit nécessairement invoquer d'autres manquements que ceux liés au non respect du délai de *stand still* ou de la suspension de la procédure en cas de référé précontractuel. Toutefois, cet article précisant que les manquements doivent avoir affecté les chances du requérant d'obtenir l'attribution du contrat, on peut penser que l'intérêt du requérant à invoquer ces manquements sera contrôlé à l'aune des principes dégagés par le Conseil d'Etat dans sa décision « SMIRGEOMES » (4) : le requérant ne pourrait donc que se prévaloir de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésé ou risquent de le léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente. Même si elle est des plus critiquables, l'ordonnance rendue le 26 mars dernier par le TA de Lyon a d'ailleurs fourni un premier exemple d'articulation entre le moyen tiré du non respect du délai de *stand still* et un moyen lié à une

irrégularité non visée par l'article L.551-18 (en l'espèce il s'agissait du caractère soi disant anormalement bas de l'offre retenue)(5). En revanche, lorsqu'un contrat est signé, dans la mesure où aucune des trois irrégularités énumérées à l'article L.551-18 ne peut être soulevée (ce qui était le cas dans l'affaire tranchée par le TA de Melun), celui-ci ne pourrait voir sa validité remise en cause que dans le cadre d'un recours en contestation de la validité du contrat (pour les candidats évincés) ou dans le cadre d'un recours en annulation à l'encontre d'un acte détachable (pour les autres tiers au contrat).

[TA Melun, 29 avril 2010, Association Vivre Vite, 1002057/2](#)

(1) Ainsi que par les articles R.551 et suivants.

(2) Parmi les commentateurs qui considéraient que les requérants pouvaient invoquer les mêmes moyens devant le juge du référé contractuel et le juge du référé précontractuel, certains ont estimé que dans certains cas il était préférable de ne pas introduire de référé précontractuel et attendre la signature du contrat, date à laquelle le contrat et l'ensemble des pièces de la procédure deviennent des documents administratifs et sont donc communicables en application de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978. Ainsi, le référé contractuel devait permettre aux requérants de prendre connaissance d'un maximum d'informations concernant le déroulement de la procédure avant d'introduire un recours en la forme des référés présentant l'intérêt d'une sanction rapide.

(3) Dans l'hypothèse où ces conditions ne seraient pas réunies, le juge est libre de prononcer la sanction de son choix (art. L.551-20).

(4) CE, 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, n° 305420, Publié au recueil Lebon.

(5) TA Lyon, 26 mars 2010, Société Chenil Services, n° 1001296. Dans cette affaire, le juge des référés avait estimé que le référé contractuel était recevable dans la mesure où le délai de stand still prévu par l'article 80 du CMP n'avait pas été respecté, la requête étant toutefois rejetée au motif que le requérant n'établissait pas le caractère anormalement bas de l'offre choisie par le pouvoir adjudicateur. Cette ordonnance pose deux difficultés. D'une part, alors que le marché en cause était un marché à procédure adaptée, et à ce titre non soumis au respect du délai de stand still prévu par l'article 80 du CMP (ce que le juge a d'ailleurs reconnu dans son ordonnance !), le juge ne pouvait considérer, sans commettre une erreur de droit, que le référé contractuel était bien ouvert faute pour le pouvoir adjudicateur de ne pas s'être volontairement soumis aux exigences de l'article 80 du CMP. D'autre part, à partir du moment où le juge estimait que le pouvoir adjudicateur aurait dû respecter ce délai de stand still, il aurait été cohérent que, même en l'absence de toute autre irrégularité, celui-ci prononce l'une des sanctions prévues par l'article L.551-20 du CJA.