



## Invité de la semaine

Référé précontractuel : un avenir conditionné par le référé contractuel et Tropic  
Jeudi, 06 janvier 2011 06:23



Le 27 janvier prochain se tiendra, au Palais Bourbon, le 15ème colloque de l'Association française des avocats conseils des collectivités locales (AFAC) consacré cette année aux « contentieux de la passation : comment les gérer ? ». A cette occasion Maître Cyrille Bardon, président de l'AFAC, vous propose un tour d'horizon des principales questions que suscitent aujourd'hui les contentieux marchés publics.

achatpublic.info : Pourquoi avoir choisi le thème de la gestion des contentieux de la passation pour le colloque ?

Cyrille Bardon : « Ce thème s'est imposé de lui-même. Depuis 2007, le contentieux de la passation des contrats administratifs a été largement rénové : création du recours en contestation de la validité du contrat (1) et nouvelle définition de l'intérêt à agir dans le cadre du référé précontractuel (2) par le Conseil d'Etat, réforme de ce même référé précontractuel et création du référé contractuel par l'ordonnance du 7 mai 2009. Parallèlement, le contentieux de la nullité des contrats administratifs a également connu une actualité intéressante avec la jurisprudence « commune de Béziers » (3) et les précisions apportées par le Conseil d'Etat en matière d'indemnisation des titulaires de contrats dont la nullité est déclarée (4). Face à ces évolutions qui, souvent, ont plongé les acteurs de la commande publique dans l'expectative, il a semblé utile que ces mêmes acteurs viennent esquisser un premier bilan opérationnel : comment articuler les différents recours ? Quels pouvoirs pour quels juges ? Quels moyens soulevés au soutien de quels recours ? »

achatpublic.info : De quelles armes contentieuses disposent aujourd'hui les entreprises ?

Cyrille Bardon : « Avant la signature du contrat, les entreprises peuvent introduire un référé précontractuel, ainsi qu'un REP contre les actes détachables de la procédure. Après la signature, les entreprises qui n'ont pas candidaté peuvent toujours introduire un REP à l'encontre d'un acte détachable du contrat. Concernant les entreprises qui ont candidaté, celles-ci peuvent, sous certaines conditions, introduire un référé contractuel (il convient toutefois de rappeler que l'introduction d'un référé précontractuel fait, en principe, obstacle à l'introduction d'un référé contractuel). Elles peuvent également introduire un recours en contestation de la validité du contrat (recours « Tropic »). Ces recours peuvent éventuellement être « couplés » à un référé suspension ou à une demande indemnitaire. Par ailleurs, le contentieux de la légalité d'un contrat ou de la régularité d'une procédure d'attribution peut ressurgir dans le cadre d'un contentieux de l'exécution devant le juge du contrat, une entreprise pouvant tenter de se libérer de ses engagements en excipant de la nullité d'un contrat. »

achatpublic.info : L'architecture contentieuse actuelle est-elle trop complexe ? Ne faudrait-il pas la simplifier ? Pourquoi avoir différencié le contentieux de l'avant et de l'après signature du contrat ? Cela a-t-il une réelle importance ?

Cyrille Bardon : « Le fait qu'on puisse distinguer le contentieux de l'avant et de l'après signature du contrat n'est pas aberrant. D'une part, la signature d'un contrat marque la création d'un acte juridique, acte qui va conférer des droits et obligations aux parties. D'autre part, un contrat administratif est en principe conclu pour répondre, directement ou indirectement, à un intérêt général. Il est donc logique que, une fois conclu, un contrat administratif ne puisse voir sa validité remise en cause seulement pour des causes et dans des circonstances bien particulières. Concernant la complexité du contentieux de la passation des contrats administratifs, encore une fois, on peut penser que celle-ci tient plus d'une impression liée aux nombreuses questions actuellement en suspens concernant les pouvoirs respectifs des différents juges. En fait, cette

impression de complexité disparaîtra dès lors que les différents recours ouverts aux candidats évincés apparaîtront comme complémentaires et non comme concurrents. A ce titre, on ne peut qu'attendre avec impatience que le Conseil d'Etat prenne clairement position sur les conditions d'ouverture du référé contractuel. En effet, si le Conseil d'Etat venait à confirmer que l'ouverture de ce recours est obligatoirement conditionnée par le constat de l'une des trois irrégularités visées à l'article L.551-18 du CJA (5), nous serions bien en présence d'une architecture contentieuse cohérente avec des juges aux rôles complémentaires. »

**achatpublic.info** : La multiplication des recours ne nuit-elle pas à une action efficace des requérants ?

Cyrille Bardon : « On peut penser que, actuellement, ce qui nuit à une action efficace des requérants n'est pas tant la multiplication des recours que l'incertitude quant aux moyens invocables devant tel ou tel juge, et l'appréciation de ces moyens par les juges. »

**achatpublic.info** : Le recours TROPIC est-il réellement un recours efficace ?

Cyrille Bardon : « On pourra mieux mesurer l'efficacité du recours « Tropic » lorsque le Conseil d'Etat précisera clairement quels moyens peuvent être utilement invoqués dans le cadre de ce recours, ainsi que les conditions dans lesquelles ces moyens seront appréciés par le juge. Il est certain que si le Conseil d'Etat décidait de s'inspirer de la jurisprudence « SMIRGEOMES », l'efficacité du recours « Tropic » devrait être relativisée. Il convient également de ne pas oublier que dans ses conclusions M. Casas estimait que l'annulation des contrats devait être prononcée « en dernière extrémité, devant un vice d'une particulière gravité ». On ne peut donc exclure que, dans le cadre des recours « Tropic », la remise en cause de contrats, pourtant conclus aux termes de procédures irrégulières, demeure l'exception. Par ailleurs, ce qu'on peut d'ores et déjà constater c'est que la difficulté pour les requérants d'obtenir la suspension de l'exécution des contrats rend le recours « Tropic » inefficace pour les contrats de courte durée. En fait, pour certains contrats (contrats de courte durée, contrats à exécution successive), on peut se demander si les requérants ne devraient pas privilégier les demandes indemnitaires, qui pourraient revêtir un caractère dissuasif pour les pouvoirs adjudicateurs. »

**achatpublic.info** : On assiste actuellement à une divergence de jurisprudence sur le point de départ du recours TROPIC : information du rejet des candidats ou signature du contrat ?

Cyrille Bardon : « Nous ne pouvons que partager l'opinion exprimée récemment dans vos colonnes par nos confrères Simonel et Touzanne (6) : le recours « Tropic » ne peut être introduit qu'à compter de sa « conclusion », c'est-à-dire de sa signature. En effet, si la délibération par laquelle un conseil municipal choisit le titulaire d'une délégation de service public crée des droits au profit de ce dernier, ou si un marché public ne devient exécutoire qu'au jour de sa notification, il n'en reste pas moins que, pour la jurisprudence, la formalité de signature constitue bel et bien la conclusion du contrat. Par ailleurs, considérer (comme a pu le faire le TA de Toulon dans des décisions du 26 novembre 2009 (7)) que le recours « Tropic » pourrait être introduit à compter de l'information des candidats du rejet de leurs offres, reviendrait à permettre aux candidats évincés de contester la « validité » d'un contrat n'ayant encore aucune existence juridique certaine... Il est peu probable que le Conseil d'Etat ait souhaité une telle situation. »

**achatpublic.info** : Depuis la jurisprudence SMIRGEOMES, le référé précontractuel n'est-il pas en train de s'éteindre ? On ferme la porte à l'annulation et on laisse perdurer des situations irrégulières ?

Cyrille Bardon : « Nous revenons d'une situation extrême où le référé précontractuel était quasiment devenu une arme de destruction massive à l'encontre des procédures d'attribution des marchés publics. Les dégâts collatéraux sur des « victimes innocentes » étaient légions. Le caractère inadapté et parfois abscons des modèles européens d'AAPC ont permis à de nombreux candidats évincés de complètement dénaturer la raison d'être du référé précontractuel. Aujourd'hui, on pourrait craindre un glissement vers une situation inverse. D'une part, le juge du référé précontractuel partage désormais avec d'autres juges la lourde tâche de sanctionner les procédures irrégulières (juge du contrat, juge du référé contractuel) : il n'y a donc une certaine « atomisation » du contentieux de la passation des contrats administratifs et ce, visiblement, au détriment du juge du référé précontractuel. D'autre part, semble s'amorcer une tendance consistant dans la proportionnalité des sanctions à la nature des irrégularités et, surtout, une large prise en compte de l'intérêt général (voir des droits des contractants) : in fine, la remise en cause des procédures et des contrats pourraient devenir l'exception. En tout état de cause, l'avenir du référé précontractuel sera vraisemblablement conditionné par l'efficacité (et donc le succès) du référé contractuel et du recours « Tropic » et surtout, de nouvelles précisions du Conseil d'Etat seraient les bienvenues. »

achatpublic.info : Quelle est l'utilité du recours en excès de pouvoir contre les actes détachables ? Les délais de procédures sont longs, il n'y a pas d'effet direct sur le contrat sauf si injonction du juge de saisir le juge du contrat.

Cyrille Bardon : « On peut effectivement penser que le nombre de REP contre les actes détachables risque de se réduire comme une peau de chagrin. Toutefois, le recul de ce type de contentieux réside moins dans sa complexité que dans le fait que les principaux acteurs des contentieux de la passation des contrats administratifs sont les candidats évincés ; or, depuis la décision « Tropic », à compter la signature du contrat, les candidats évincés ne peuvent plus attaquer les actes détachables. Reste qu'il s'agit de la seule procédure ouverte à ces requérants particuliers que sont les oppositions politiques et les contribuables locaux. Le REP n'est pas mort. »

achatpublic.info : Pouvez-vous nous faire un panorama des moyens qui à l'heure actuelle prospèrent et ceux qui sont en voie d'extinction ?

Cyrille Bardon : « En matière de référé précontractuel, il est évident que la plupart des irrégularités touchant les AAPC ou les RC n'entraînent plus la remise en cause des procédures. Concernant les moyens qui prospèrent, on peut donner l'exemple de ceux liés aux critères. Qu'il s'agisse du choix des critères ou de leur mise en œuvre (recours à des sous critères, remise en cause des formules mathématiques retenues pour calculer la note...), les irrégularités touchant cette étape de la procédure – dès lors qu'ils sont avérés – sont en principe sanctionnées par le juge du référé précontractuel. Si le dossier s'y prête, il peut également être pertinent de soulever des moyens liés à la légalité et au bien fondé des motifs de rejet des offres. Par ailleurs, on peut s'interroger sur un développement du contrôle du juge du référé contractuel sur l'appréciation portée par les pouvoirs adjudicateurs sur les mérites respectifs des offres, et ce par le biais du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. En fait, aujourd'hui, en matière de référé précontractuel, c'est la phase en aval de la remise des offres qui peut « fournir » le plus de moyens utiles. En matière de référé contractuel, l'actualité porte clairement sur l'existence, en dehors de tout texte, d'une obligation pour les personnes publiques de respecter un délai de stand still lors des procédures d'attribution des MAPA et des DSP, et – dans l'affirmative – de la possibilité ouverte au juge de sanctionner le non respect d'un délai raisonnable entre la notification du rejet des offres et la signature des contrats. »

achatpublic.info : Les pénalités financières prononcées à l'encontre des personnes publiques vont-elles devenir monnaie courante (exemple TA Rennes 13 septembre 2010) ?

Cyrille Bardon : « De manière générale, on peut penser que le développement des contentieux financiers de la passation des contrats administratifs (prononcé de pénalités, indemnisation des candidats évincés) ira de paire avec l'éventuel recul des annulations des procédures ou des contrats. Peut-être que le développement de la « sanction » financière sera le moyen de préserver tout à la fois l'intérêt général et les droits des candidats évincés... Toutefois, dans le cadre du référé contractuel (et donc dans l'affaire jugée par le TA de Rennes le 13 septembre 2010), il ne faut pas perdre de vue que le prononcé de sanctions financières n'est pas une alternative à l'annulation du contrat mais une possibilité offerte au juge lorsque les manquements relevés par le juge n'ont pas affecté les chances du requérant d'obtenir le marché litigieux (l'article L.551-20 du CJA) ; si ces chances avaient été affectées, le juge aurait dû prononcer l'annulation du contrat. »

achatpublic.info : Le mécanisme de l'article L.551-2 du code de justice administrative peut-il être mis en œuvre par le juge de sa propre initiative ou bien doit-il être demandé par la personne publique ? Jusqu'à où l'intérêt public peut justifier l'application de l'article L.551-2 (voir TA Paris, 23 juillet 2010, société THK, 1012902 ou encore TA Basse-Terre, 28 octobre 2010, société Sita France et autres, 1000588) ?

Cyrille Bardon : « Pour l'heure, il semble difficile de bien mesurer la portée des dispositions de l'article L.551-2 du CJA. En effet, dans la décision du 28 octobre 2010, le motif de l'intérêt public semble finalement être surabondant. Quant à l'affaire tranchée par le TA de Paris, elle concernait une espèce bien particulière : le contrat en cause portait sur la livraison de bombardiers d'eau destinés à lutter contre des feux de forêt pendant la période estivale ; or, compte tenu des délais, l'annulation de la procédure et le lancement d'une nouvelle n'aura pas permis de désigner un nouvel attributaire avant la fin de la période estivale. D'un point de vue procédural, l'article L.551-12 du CJA prévoit que les mesures prévues à l'article L. 551-2 peuvent être prononcées d'office par le juge. Toutefois, dans cette hypothèse, le juge doit en informer préalablement les parties et les invite à présenter leurs observations dans les conditions prévues par l'article R.551-4 du CJA. »

achatpublic.info : Pensez-vous que les juges administratifs et notamment les juges des référés sont suffisamment armés, le droit des marchés publics est une matière ardue, pour juger sereinement ?

Cyrille Bardon : « La question est provocante à plusieurs titres. Tout d'abord, le juge dit le droit, c'est ainsi et pour l'heure rien ne commence à démontrer des maladresses, alors même que se fait attendre des jurisprudences unificatrices du Conseil d'Etat. En second lieu, le juge « fait avec ce qu'il a », c'est-à-dire avec le travail que lui présentent les avocats. »

achatpublic.info : On assiste aujourd'hui à une évolution de la profession d'avocat : en procédure de référé, les écrits sont réduits à la portion congrue et les débats oraux durent parfois deux ou trois heures pour une seule audience. Pensez-vous que cette situation garantisse une réelle efficacité des contentieux ?

Cyrille Bardon : « Ce n'est pas la profession d'avocat qui a évolué, mais celle des magistrats administratifs. Les avocats pratiquent quotidiennement les procédures orales et les procédures d'urgence. Ce qui apparaît remarquable c'est la faculté et la rapidité avec laquelle les tribunaux administratifs ont intégré la culture du référé. Pour revenir à la question précédente, il faut souligner que cette nouvelle culture de l'urgence ne concerne pas que les référés contractuel ou précontractuel mais avait été préparée et est toujours accompagnée par la pratique par les TA des référés (suspension et liberté) de droit commun. »

(1) CE, 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, n° 291545.

(2) CE 3 octobre 2008 SMIRGEOMES

(3) CE 28 décembre 2009 Béziers.

(4) CE 26 mars 2008 Société Spie Batignolles ; CE, 10 avril 2008, Société Decaux, n° 244950.

(5) Interprétation qui, à la lecture des conclusions de M. Dacosta dans l'affaire « France Agrimer », est loin d'être à exclure.

(6) Recours Tropic et signature du marché

(7) TA\_Toulon\_26\_nov\_2009\_STCM\_0902902 ; TA\_TOULON\_26\_nov\_2009\_STCM\_0902896

Propos recueillis par Emmanuelle Maupin © achatpublic.info