



LEXBASE HEBDO n° 190 du Jeudi 24 Février 2011 - Edition PUBLIQUE

Evolutions récentes et articulation du référé précontractuel et contractuel - Questions à Laurent Givord, avocat - *Of Counsel* au sein du cabinet AdDen avocats

N° Lexbase : N4963BRA



L'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique (N° Lexbase : L1548IE3), outre la consolidation du référé précontractuel avec l'instauration d'un délai de suspension automatique en cas de saisine du juge des référés précontractuels et la réaffirmation des pouvoirs de ce dernier, a procédé à la création d'un nouveau recours, le référé contractuel. Celui-ci ne peut être exercé qu'après la conclusion du contrat par les personnes ayant un intérêt à le conclure et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Il complète, ainsi, dans la chaîne de conclusion des contrats publics d'affaires, la panoplie des recours ouverts aux opérateurs économiques intéressés par la conclusion du contrat : référé précontractuel, référé suspension, déféré préfectoral, recours contre les actes détachables, et recours en contestation de validité du contrat. Le principe solidement établi selon

lequel la voie du référé contractuel est fermée au demandeur ayant déjà fait usage du référé précontractuel a, toutefois, été récemment battu en brèche par la Haute juridiction administrative qui a admis la recevabilité du référé contractuel consécutif à un référé précontractuel déclaré irrecevable en raison de la signature du contrat par le pouvoir adjudicateur en violation du délai prévu par l'article 80 du Code des marchés publics (N° Lexbase : L9824IEL). Pour faire le point sur l'articulation entre ces deux recours et les nouveautés jurisprudentielles rendues en la matière, Lexbase Hebdo - édition publique a rencontré Laurent Givord, avocat - *Of Counsel* au sein du cabinet AdDen avocats.

Lexbase : Le référé contractuel a été créé par l'ordonnance du 7 mai 2009. Pouvez-vous nous en rappeler brièvement les principales caractéristiques ?

Laurent Givord : Le référé contractuel (1) a été mis en place en vue, notamment, de remédier au fait que le référé précontractuel (2) ne peut plus être exercé une fois que le contrat a été signé, et ce même si cette signature est intervenue en méconnaissance du délai dit de *standstill* séparant obligatoirement l'information des candidats non retenus de la date de signature du contrat (3). L'objectif est louable, mais les moyens adoptés sont, pour le moins, sophistiqués, de sorte que la compréhension de ce recours est loin d'être acquise à la première lecture des textes qui le régissent ! Deux arrêts récents du Conseil d'Etat, "France Agrimer" (4) et "Grand port maritime du Havre" (5), permettent d'y voir un peu plus clair.

Ce recours, de la même manière que le référé précontractuel, concerne les personnes qui ont un intérêt à conclure le contrat, et vise des contrats qui ne sont plus listés nominativement afin de couvrir l'ensemble des contrats ou des montages contractuels susceptibles d'entrer dans le champ d'application des Directives (CE) 2004/18 (6) et 2004/17 (7). Le requérant dispose, pour exercer ce recours, de 31 jours "suivant la publication" de l'avis d'attribution ou "suivant la notification de la conclusion du contrat" pour les marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique (CJA, art. R. 551-7, alinéa 1er N° Lexbase : L9815IEA). A défaut de publication de l'avis ou de notification de la conclusion du contrat, le requérant dispose d'un délai de 6 mois "à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat" (CJA, art. R. 551-7, alinéa 2). Le juge a un mois pour traiter le sort d'un contrat par hypothèse déjà signé (pour en prononcer l'annulation ou la résiliation), sous le contrôle du Conseil d'Etat en cassation (le délai de recours est, alors, de 15 jours).

Lexbase : Pouvez-vous nous indiquer quels sont les pouvoirs du juge des référés contractuels ?

Laurent Givord : Le juge, qui peut suspendre l'exécution du contrat durant l'instance, dispose d'une

palette de sanctions permettant de remédier aux atteintes les plus graves, tout en prenant en compte l'intérêt général. Quand, dans certaines hypothèses, il doit prononcer l'annulation du contrat querellé, dans d'autres il bénéficie d'une certaine marge de manoeuvre. Selon les deux premiers alinéas de l'article L. 551-18 du Code de justice administrative (**N° Lexbase : L1598IEW**), le juge est tenu d'annuler le contrat si aucune des mesures de publicité requises n'a été prise, ou lorsque la publication requise au JOUE n'a pas été faite, ou lorsque les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique n'ont pas été réalisées.

Néanmoins, dans ces cas, qui correspondent aux irrégularités les plus graves, le juge peut moduler la sanction soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur (ou à l'entité adjudicatrice), à condition, toutefois, que la nullité se heurte "*à une raison impérieuse d'intérêt général*" (CJA, art. L. 551-19 **N° Lexbase : L1605IE8**). Au titre de l'alinéa 3 de l'article L. 551-18 du Code de justice administrative, la nullité doit être, également, prononcée lorsque n'ont pas été respectés le délai de *standstill* ou le délai de suspension automatique de signature du contrat résultant de l'introduction d'un recours en référé précontractuel. A ce moment là, deux conditions cumulatives doivent être réunies : la méconnaissance de ces obligations doit avoir privé le demandeur de son droit d'exercer un référé précontractuel, et les obligations de publicité et de mise en concurrence doivent avoir été méconnues d'une manière affectant les chances du requérant d'obtenir le contrat.

Si ces deux dernières conditions ne sont pas vérifiées, le juge bénéficie, également, d'une marge de manoeuvre puisqu'il peut choisir d'annuler le contrat, de le résilier, d'en réduire la durée, ou d'infliger une pénalité financière. On voit que les pouvoirs du juge sont relativement enserrés puisque, de manière schématique, il est tenu, d'une part, d'annuler le contrat dans certains cas strictement définis, les exceptions à l'annulation étant précisément déterminées ou, d'autre part, d'opter pour une sanction déterminée en fonction des fautes commises. C'est, ainsi, d'ailleurs que, dans l'arrêt "Grand port maritime du Havre", il a été jugé que, dès lors qu'un marché à procédure adaptée (MAPA) n'est pas légalement soumis à une obligation d'information des candidats évincés et au délai de *standstill*, il ne peut pas être annulé au motif qu'un tel délai n'aurait pas été respecté (CJA, art. L. 551-18, alinéa 3) (8).

En d'autres termes, un MAPA ne peut être annulé qu'en cas d'absence des mesures de publicité requises pour sa passation ou de "*méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique*" (c'est-à-dire dans les cas visés aux deux premiers alinéas de l'article L. 551-18). La même solution s'appliquerait pour les délégations de service public car, pour celles qui ne sont pas également des concessions de travaux au sens communautaire, il n'existe pas d'obligation légale d'information des candidats évincés et de délai de *standstill*. Si une telle solution apparaît juridiquement fondée (9), on peut, dans une certaine mesure, la regretter puisqu'elle ouvre régulièrement la possibilité de signer un MAPA ou une délégation de service public sans laisser le temps nécessaire aux autres candidats de saisir le juge du référé précontractuel.

Lexbase : La voie du référé contractuel est normalement fermée au demandeur ayant déjà fait usage du référé précontractuel. Pouvez-vous nous présenter le cadre de ce principe ?

Laurent Givord : Le référé contractuel n'est pas, à proprement parler, une séance de "rattrapage", puisqu'il n'est pas ouvert au requérant ayant déjà fait usage du référé précontractuel (CJA, art. L. 551-14, alinéa 2 **N° Lexbase : L1603IE4**). Bien évidemment, des exceptions permettent de remédier à toute "manoeuvre" orchestrée par le pouvoir adjudicateur (ou l'entité adjudicatrice). Le recours est, ainsi, ouvert dès lors que le pouvoir adjudicateur (ou l'entité adjudicatrice) a signé durant l'instance du référé précontractuel, donc en méconnaissance du mécanisme de suspension automatique de signature, ou ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur le recours en référé précontractuel.

J'ajoute qu'à côté de ce cas de "fermeture" spécifique, la personne publique peut d'elle-même, en s'imposant des formalités non obligatoires lors de l'achèvement des procédures, "empêcher" régulièrement un candidat de déposer un référé contractuel. Il a fallu, en effet, traiter le cas des contrats pour lesquels il n'existe aucune obligation légale d'information des candidats quant au rejet de leur offre ou de leur candidature, ni aucun délai de *standstill* (MAPA, délégations de service public qui ne seraient pas, également, qualifiables de concession de travaux au sens du droit communautaire...), ou encore les contrats dont la passation n'est soumise à aucune obligation de publicité.

Pour ces contrats, et en vue de fermer la voie du référé contractuel, le pouvoir adjudicateur (ou l'entité adjudicatrice) doit, avant la signature, publier un avis faisant connaître "*son intention de le conclure et observer un délai de 11 jours après cette publication*" (CJA, art. L. 551-15, alinéa 1er **N° Lexbase : L1560IEI**). La voie du référé contractuel peut aussi être fermée pour les contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique. Pour ce faire, le pouvoir adjudicateur (ou l'entité adjudicatrice) doit "*envoyer aux titulaires la décision d'attribution*" et "*observer un délai de 16 jours [ou de 11 jours] entre cet envoi et la conclusion du contrat*" (10).

On comprend aisément que, dès lors qu'un candidat a été mis à même d'exercer un recours en référé précontractuel et qu'il ne l'a pas fait, la voie du référé contractuel doit, en principe, lui être fermée. A ce sujet, on peut faire une remarque générale dont les retombées pratiques sont fondamentales. Il faut estimer que la voie du référé contractuel est fermée dès lors qu'un candidat n'a pas été empêché de déposer un recours en référé précontractuel, l'ensemble des formalités légales obligatoires d'achèvement de la procédure ayant été respecté (informations du rejet des candidats et délai de *standstill*) (11). Si la voie du référé contractuel est fermée du fait de l'accomplissement volontaire de formalités non obligatoires pour certains contrats (MAPA, délégation de service public), on ne voit pas pourquoi il serait davantage recevable dans le cas où les formalités légales d'achèvement de la procédure ont été bien respectées. Autrement dit, les requérants ne doivent pas penser qu'ils bénéficient d'un véritable choix entre ces deux procédures contentieuses : le référé contractuel ne serait possible qu'à partir du moment où ceux-ci ont effectivement été empêchés de déposer un référé précontractuel.

Lexbase : L'arrêt "France Agrimer" que vous avez évoqué a ouvert une "brèche" dans cette irrecevabilité. Pouvez-vous nous présenter brièvement cette décision ?

Laurent Givord : Dans cette espèce, un opérateur qui n'avait pas de nouvelles du résultat concernant l'attribution de certains lots a déposé un référé précontractuel. Au cours de l'instance, la personne publique a fait valoir que les lots en cause avaient été signés, ce qui a abouti au rejet des conclusions en référé précontractuel. Toutefois, le juge offre la possibilité pour le requérant de déposer dans la même instance un référé contractuel par de "simples" conclusions nouvelles, donc sans avoir à déposer une nouvelle requête, dans la mesure où la signature du contrat est intervenue en méconnaissance du délai de *standstill*. Plus exactement, ce délai n'avait même pas encore commencé à courir à l'encontre du requérant puisque celui-ci n'avait pas reçu la notification du rejet de son offre. Ainsi, le recours est ouvert non seulement lorsque le contrat a été signé au cours de l'instance en référé précontractuel (cas explicitement visé par le dernier alinéa de l'article L. 551-14 du Code de justice administrative, mais, également, lorsqu'il a été signé durant le délai de *standstill*.

Lexbase : Que faut-il penser de la possibilité de transformer la procédure de référé précontractuel en référé contractuel en cours d'instance ouverte ?

Laurent Givord : Cette possibilité peut *a priori* surprendre, car le Conseil d'Etat aurait pu exiger que le requérant dépose une nouvelle requête et ne puisse pas poursuivre l'instance initialement initiée sur le terrain précontractuel. En effet, on sait, notamment, que ne sauraient se cumuler dans une même requête des conclusions en référé suspension et des conclusions en référé précontractuel, ou encore des conclusions en référé suspension et des conclusions en référé liberté. Mais, ce n'est pas ce que juge le Conseil d'Etat concernant le cumul d'un référé précontractuel et d'un référé contractuel.

On ne peut qu'approuver cette position qui préserve le caractère effectif du recours en référé contractuel car, comme j'ai déjà pu le souligner, il convient de remédier aux éventuelles manœuvres du pouvoir adjudicateur (ou de l'entité adjudicatrice). Cette solution confirme donc que les conditions de recevabilité du référé contractuel tiennent davantage au fait de savoir si le requérant a été mis à même de déposer utilement un référé précontractuel. Dans l'arrêt "France Agrimer", en effet, le juge estime que le dépôt du recours en référé précontractuel n'était pas utile du fait d'une méconnaissance par la personne publique de ses obligations lors de l'achèvement de la procédure de passation, de sorte que le passage au référé contractuel est logique.

Il sera donc conseillé au requérant qui ne sait pas si le contrat a été signé ou non (à cause d'un défaut d'information) de déposer des conclusions à l'encontre de la procédure de passation, à titre principal, et à l'encontre du contrat lui-même, à titre subsidiaire. Le même conseil doit être donné lorsque le référé précontractuel est déposé dans le délai de *standstill* afin de se prémunir, à l'avance, d'une signature anticipée du contrat et de pouvoir, ainsi, opportunément "rebondir". Pour

autant, la "transformation" possible d'un référé précontractuel en référé contractuel effectuée en cours de procédure contentieuse, ou initiée dès le début de cette dernière par le jeu du dépôt de conclusions principales et subsidiaires, ne remet pas en cause l'ensemble des exigences légalement requises pour obtenir la remise en cause du contrat.

(1) Voir aussi le décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009, relatif aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique (**N° Lexbase : L9773IEP**), achevant la transposition de la Directive (CE) 2007/66 du 11 décembre 2007 (**N° Lexbase : L7337H37**) laquelle modifie les Directives dites "recours" du 21 décembre 1989 (Directive (CE) 89/665 **N° Lexbase : L9939AUN**, dite secteurs "classiques") et du 25 février 1992 (Directive (CE) 92/13 **N° Lexbase : L7561AUL**, dite secteurs "spéciaux"). Le référé contractuel applicable aux contrats de droit privé est traité aux articles 11 et suivants de l'ordonnance du 7 mai 2009.

(2) CJA, art. L. 551-1 (**N° Lexbase : L1591IEN**) et suivants résultant des Directives dites "recours", précitées.

(3) Voir par exemple l'article 80 du Code des marchés publics (**N° Lexbase : L9824IEL**) qui impose, pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, de respecter un délai de 11 jours (ou de 16 jours en cas de dématérialisation).

(4) CE 2° et 7° s-s-r., 10 novembre 2010, n° 340944, mentionné dans les tables du recueil Lebon (**N° Lexbase : A8947GGH**), et lire les obs. de F. Brenet, *Articulation entre référé précontractuel et référé contractuel : recevabilité du référé contractuel consécutif à un référé précontractuel déclaré irrecevable en raison de la signature du contrat par le pouvoir adjudicateur en violation du délai prévu par l'article 80 du Code des marchés publics*, Lexbase Hebdo n° 179 du 24 novembre 2010 - édition publique (**N° Lexbase : N6958BQR**).

(5) CE 2° et 7° s-s-r., 19 janvier 2011, n° 343435, publié au recueil Lebon (**N° Lexbase : A1573GQC**).

(6) Directive (CE) 2004/18 du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (**N° Lexbase : L1896DYU**).

(7) Directive (CE) n° 2004/17 du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (**N° Lexbase : L1895DYT**).

(8) CE 2° et 7° s-s-r., 19 janvier 2011, n° 343435, précité.

(9) Sur le plan communautaire, les MAPA et les concessions de services ne sont pas, en effet, soumis à la discipline des Directives, mais seulement à celle des principes fondamentaux du Traité, à condition de présenter un intérêt transfrontalier certain.

(10) Ou 11 jours "si la décision a été communiquée à tous les titulaires par voie électronique".

(11) Voir, en ce sens, les conclusions de N. Boulouis sur CE 2° et 7° s-s-r., 19 janvier 2011, n° 343435, précité.

(12) CE 2° et 7° s-s-r., 10 novembre 2010, n° 340944, précité.

Yann Le Foll, Rédacteur en chef de Lexbase Hebdo - édition publique



Copyright LEXBASE

