

Référé contractuel et conditions d'exclusion de l'absence d'effets du contrat illégal - Commentaire par Laurent Givord et Philippe Proot

La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 44, 2 Novembre 2015, 2313

Référé contractuel et conditions d'exclusion de l'absence d'effets du contrat illégal

Commentaire par Laurent Givord avocat au barreau de Bordeaux

et Philippe Proot avocat au barreau de Paris

[Accès au sommaire](#)

L'arrêt du 11 septembre 2014, par lequel la Cour de justice de l'Union européenne est venue définir la marge de manœuvre du juge du référé contractuel pour prononcer l'absence d'effets du contrat illégalement conclu de gré à gré lorsque les conditions énoncées à l'article 2 quinquies, paragraphe 4, de la directive n° 89/665/CEE modifiée sont réunies (1), donne l'occasion de s'interroger sur la transposition de celle-ci en droit interne (2).

CJUE, 11 sept. 2014, aff. C-19/13, Ministero dell'Interno c/ Fastweb SpA : Contrats-Marchés publ. 2014, comm. 307, note J.-P. Pietri ; Europe 2014, comm. 458, note A. Bouveresse

Note :

1. À quelles conditions l'absence d'effets du contrat illégalement conclu de gré à gré est-elle exclue ?

Une obligation de publicité. Le droit de l'Union européenne des marchés publics exige en principe que les marchés soient passés après une publicité au *Journal officiel de l'Union européenne (JOUE)*, mais il admet néanmoins des hypothèses où il est possible de recourir à une procédure négociée sans publication d'un avis d'appel public à la concurrence, par exemple lorsque, pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité, le marché ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé (*PE et Cons. UE, dir. 2004/18/CE, 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, art. 31 : JOUE n° L 134, 30 avr. 2004, p. 114*).

Parallèlement, sont instituées des voies de recours par (notamment) la directive 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 (*Cons. CE, dir. n° 89/665/CEE, 21 déc. 1989 : JOCE n° L 395, 30 déc. 1989, p. 33*), modifiée par la directive 11 décembre 2007 (*PE et Cons. CE, dir. n° 2007/66/CE, 11 déc. 2007 : JOUE n° L 335, 20 déc. 2007, p. 31*). Celles-ci (qui, concrètement, prennent dans le droit français la forme du référé précontractuel et du référé contractuel) doivent permettre l'annulation des décisions illégales méconnaissant le droit communautaire des marchés publics ou les règles nationales le transposant.

Sanctionnée par l'absence d'effets du contrat. L'article 2 quinquies de la directive n° 89/665, intitulé « Absence d'effets », impose à cet égard aux États membres de l'Union européenne, en son paragraphe 1, de veiller à ce qu'un marché illégal soit déclaré dépourvu d'effets par l'instance de recours compétente

(c'est-à-dire le juge national du référé contractuel) dans plusieurs hypothèses dont : a) la conclusion du marché sans publication au *JOUE* d'un avis de publicité préalable lorsque celui-ci est requis, c) la méconnaissance des obligations de remise en concurrence pour les marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, b) le non-respect du délai dit de *stand still* permettant aux concurrents évincés de former un référé précontractuel ou la conclusion du marché alors que le juge du référé précontractuel a été saisi, ces deux dernières hypothèses comportant deux obligations supplémentaires tenant à ce que le soumissionnaire évincé n'a pu de ce fait former un référé précontractuel et à ce que la violation de la directive n° 2004/18 a compromis ses chances d'obtenir le marché.

Sauf en certaines hypothèses. Il est toutefois prévu au paragraphe 4 de l'article 2 quinquies une exception à la règle d'absence d'effets du marché prévue au point a) du paragraphe 1 lorsque sont réunies trois conditions : le pouvoir adjudicateur estime que la passation du marché sans publication préalable d'un avis de marché au *JOUE* est autorisée en vertu des dispositions de la directive n° 2004/18 ; il a publié au *JOUE* un avis exprimant son intention de conclure le marché et mentionnant la raison pour laquelle il n'a pas considéré nécessaire de procéder à cette publicité préalable (avis que l'article 3 bis de la directive n° 89/665, qui en définit le contenu, dénomme en toute simplicité « *avis en cas de transparence ex ante volontaire* ») ; il a enfin attendu pour signer le marché l'expiration d'un délai d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de publication de cet avis. Ces deux dernières conditions devant permettre aux concurrents de l'attributaire (qui, par définition, n'ont pas pu se porter candidats faute de publicité préalable) de pouvoir au moins former un référé précontractuel s'ils estiment contestable l'attribution du marché de gré à gré. Le paragraphe 5 du même article prévoit pareillement une exception à la règle de l'absence d'effets prévue cette fois au point c) du paragraphe 1.

Les questions posées à la Cour. À l'occasion de l'attribution irrégulière par le ministère de l'intérieur italien d'un marché de gré à gré, la Cour de justice de l'Union européenne a été interrogée, d'une part, sur la question de savoir si, lorsque ces trois conditions ont été respectées par un pouvoir adjudicateur, il est automatiquement interdit – toujours et en toute hypothèse – au juge national de prononcer l'absence d'effets du contrat, même s'il constate la violation de l'obligation de procéder à un appel d'offres et, d'autre part, dans l'affirmative, sur la question de savoir si cette exclusion de l'absence d'effets respecte notamment le droit à un recours effectif au sens de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. C'est à ces questions qu'elle répond dans son arrêt du 11 septembre 2014.

Le respect du droit au recours. En réponse à la seconde question, la Cour de justice estime que si l'article 2 quinquies, paragraphe 4, de la directive n° 89/665 permet d'interdire au juge de prononcer l'absence d'effets d'un contrat dont il vient pourtant de constater l'illégalité, ses conditions de mise en œuvre impliquent notamment la publication d'un avis de transparence et le respect d'un délai avant la signature du marché, de telle manière que les concurrents évincés puissent former un référé précontractuel (et restent en tout état de cause en mesure, au-delà, d'introduire une action en dommages-intérêts). Elle en déduit que ces dispositions ne sont pas contraires au droit à un recours effectif énoncé par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (solution que l'on peut rapprocher de celle retenue par le Conseil d'État au regard de l'article 16 de la DDHC quant à l'impossibilité pour le concurrent évincé de former un pourvoi en cassation contre l'ordonnance rejetant son référé précontractuel une fois le contrat signé ; V. *CE*, 15 févr. 2013, n° 364325, n° 364491 et n° 364549, *Sté Novergie et a.* : *JurisData* n° 2013-003025 ; *Contrats-Marchés publ.* 2013, comm. 116, note J.-P. Pietri ; *JCP A* 2013, 2113, note S. Hul).

Une exception apparemment automatique. Sur la première question, la Cour apporte une réponse nuancée. Ainsi relève-t-elle d'abord que si l'article 2 quinquies, paragraphe 4, constitue une exception à la règle d'absence d'effets du marché et doit dès lors faire l'objet d'une interprétation stricte, cette interprétation doit rester conforme à l'objectif poursuivi et ne pas conduire à la priver de tout effet. Elle relève ensuite que, dans la directive, les conséquences des pouvoirs exercés sur le fondement de l'article 2 quinquies sont déterminées par le seul droit de l'Union puis constate, au vu des visas de la directive n° 2007/66 modifiant la directive n° 89/665, que cette dernière vise à « *concilier les différents intérêts en cause, à savoir ceux de l'entreprise lésée à qui il importe de réserver la faculté d'introduire un référé précontractuel et l'annulation du contrat illégalement conclu ainsi que ceux du pouvoir adjudicateur et de l'entreprise sélectionnée qui impliquent d'éviter l'incertitude juridique susceptible de découler de l'absence d'effets du contrat* » (point 44

de l'arrêt). Elle en déduit « *qu'il serait contraire tant au libellé qu'à l'objectif de l'article 2 quinquies, paragraphe 4, de la directive n° 89/665 de permettre aux juridictions nationales de déclarer que le marché est dépourvu d'effets lorsque les trois conditions visées à cette disposition sont remplies* » (pt 45).

À condition d'être de bonne foi. Pour autant, compte tenu de la nécessité d'atteindre les autres objectifs de la directive (dont l'institution de voies de recours efficaces) et de permettre à l'instance de recours d'exercer un contrôle effectif, elle relève ensuite que, dans l'avis que le pouvoir adjudicateur doit publier avant de signer et qui doit contenir la justification de l'absence d'avis de marché, « *ladite justification doit faire apparaître de façon claire et non équivoque les raisons ayant conduit le pouvoir adjudicateur à estimer qu'il pouvait passer le marché sans publication préalable d'un avis de marché, afin de permettre aux intéressés de décider en pleine connaissance de cause s'ils estiment utile de saisir l'instance responsable de la procédure de recours et à cette dernière d'exercer un contrôle effectif* », de même qu'elle relève que le juge doit apprécier, notamment au regard des circonstances et raisons mentionnées dans l'avis de transparence *ex ante* volontaire, si, en omettant d'effectuer une publicité, le pouvoir adjudicateur « *a agi de manière diligente et s'il pouvait estimer que les conditions [de l'absence d'avis de marché] étaient effectivement réunies* ». Elle en déduit que si, à l'issue de son contrôle, le juge estime que les conditions posées par l'article 2 quinquies, paragraphe 4, de la directive n° 89/665 ne sont pas réunies, il « *doit alors déclarer que le marché est dépourvu d'effets* » (pt 46-52).

On voit donc que ce qui pouvait apparaître comme des conditions purement formelles permettant d'exclure l'absence d'effets d'un contrat pourtant illégalement conclu sans mise en concurrence (le pouvoir adjudicateur a estimé pouvoir le faire et il a indiqué dans un avis pour quelles raisons) et, donc, comme des conditions dépourvues de toute véritable portée, deviennent de réelles conditions de fond : il ne suffira pas de prétendre avoir légitimement pu s'exonérer de toute publicité préalable et d'en exposer les raisons, il faudra encore que celles-ci soient crédibles puisque, si le juge estime au regard notamment des justifications apportées que le pouvoir adjudicateur n'était pas sincère ou n'a pas agi de manière diligente, il y aura effectivement lieu de prononcer l'absence d'effets du contrat. Dans ses conclusions lues le 10 avril 2014 (pt 87 et 92), l'avocat général Yves Bot distinguait à cet égard l'hypothèse « *dans laquelle le juge national constate que l'erreur de droit commise par le pouvoir adjudicateur est excusable, car il a fait preuve de bonne foi* » de celle « *dans laquelle le juge national estime que l'erreur de droit est inexcusable, que le pouvoir adjudicateur a délibérément et volontairement méconnu les règles de publicité et de mise en concurrence préalables* » (sur la comparaison des analyses de la Cour et de son avocat général, V. A. Bouveresse, *préc.*).

Il est à cet égard intéressant de constater que l'on retrouve là une démarche qui a été en son temps celle du Conseil d'État lorsqu'il a eu à connaître de l'ordonnance relative aux contrats de partenariat et qu'il a considéré que la condition d'établissement d'une évaluation préalable justifiant que le projet correspond à l'une des situations où le recours à ce type de contrat est possible, n'était pas une condition « *purement formelle* » car il appartenait au juge du référé précontractuel de s'assurer que tel est bien le cas et que la situation alléguée (l'urgence ou la complexité notamment) existe réellement (CE, 29 oct. 2004, n° 269814, *Sueur* : *JurisData* n° 2004-067560 ; *Rec. CE* 2004, p. 393, *concl. D. Casas* ; *Dr. adm.* 2005, *comm.* 3 et 4, *notes Ménéménis*). Et sur le contrôle exercé, voir CE, 30 juill. 2014, n° 363007, *Commune de Biarritz* : *JurisData* n° 2014-018663 ; *JCP A* 2014, *act.* 67 ; *JCP A* 2014, 2268, *note M. Cornille* ; *Contrats-Marchés publ.* 2014, *comm.* 274, *note G. Eckert* ; *Dr. adm.* 2014, *comm.* 74, *note F. Brenet*).

Ceci conduit à s'interroger sur la parfaite transposition en droit interne de la directive n° 89/665 modifiée.

2. Le droit français assure-t-il une correcte transposition de la directive n° 89/665 modifiée ?

Les textes de transposition. Le paragraphe 1 de l'article 2 quinquies de la directive n° 89/665, qui est donc relatif aux hypothèses dans lesquelles le juge doit en principe prononcer l'absence d'effets du contrat illégal, est transposé en droit interne à l'article L. 551-18 du Code de justice administrative (et, pour les contrats de droit privé, à l'article 16 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique).

Son paragraphe 2 laisse au droit national le choix des conséquences concrètes de l'absence d'effets du

contrat (ou bien « l'annulation rétroactive » ou bien « l'annulation [des seules] obligations restant à exécuter », les États membres devant alors, dans cette seconde hypothèse, l'assortir de la réduction de la durée du marché ou de pénalités financières). Le droit français a opté pour la seule nullité, qui fait donc l'objet des deux articles précités. Son paragraphe 3 permet cependant au juge d'écarter l'absence d'effets du contrat illégal et d'y substituer d'autres sanctions si « des raisons impérieuses d'intérêt général imposent que les effets du marché soient maintenus » ; il est transposé à l'article L. 551-19 du code (et à l'article 17 de l'ordonnance).

L'article 2 *sexies* de la directive, qui prévoit des sanctions de substitution (pénalités financières infligées au pouvoir adjudicateur ou réduction de la durée du marché) lorsque le contrat a été signé en méconnaissance du délai de *stand still* ou alors que le juge du référé précontractuel a été saisi mais sans que cela ait empêché la saisine de ce dernier ou sans que les manquements aux obligations posées par la directive n° 2004/18 aient privé le concurrent d'une chance d'obtenir le marché, est transposé à l'article L. 551-20 du code (et 18 de l'ordonnance).

Le paragraphe 4 de l'article 2 *quinquies*, qui écarte donc l'absence d'effets du contrat illégalement conclu sans publicité communautaire préalable aux trois conditions précédemment examinées, ne fait pas l'objet d'une transposition littérale (et il en va de même de son paragraphe 5, qui en constitue le pendant pour la conclusion illégale du contrat fondé sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique).

En réalité, les trois conditions qu'énonce le paragraphe 4 de l'article 2 *quinquies* se retrouvent au premier alinéa de l'article L. 551-15 du Code de justice administrative, cependant que celles du paragraphe 5 font l'objet de son second alinéa (et il en va de même à l'article 13 de l'ordonnance n° 2009-515).

L'exclusion du recours plutôt que de l'absence d'effets. Or, l'article L. 551-15 n'exclut pas l'absence d'effets du contrat prononcée par le juge du référé contractuel, mais la possibilité même de saisir ce dernier et donc de former un référé contractuel.

Certes, à première vue, le résultat est le même dans l'un et l'autre cas puisque l'absence d'effets ne pourra pas être prononcée, soit que le juge n'en a pas le pouvoir, soit qu'il ne puisse être saisi. De même, la faculté d'infliger des sanctions de substitution (à la déclaration d'absence d'effets) est un pouvoir dont le juge dispose en cas de raison impérieuse d'intérêt général (article 2 *quinquies*, paragraphe 3) mais dont il ne dispose pas lorsque les trois conditions prévues au paragraphe 4 (ou au paragraphe 5) de l'article 2 *quinquies* sont réunies (voir à cet égard le point 90 des conclusions précitées de l'avocat général Yves Bot) ; l'absence de saisine du juge ne privera donc pas le concurrent évincé d'une sanction de substitution que le juge n'aurait de toute façon pas pu prononcer. Ceci étant, on pourrait émettre trois objections à cette façon de procéder.

Un choix qui peut être discuté. La première tient au fait qu'il résulte de l'article 2, paragraphe 7, de la directive n° 89/665 que « les effets de l'exercice des pouvoirs » du juge du référé contractuel dans le cadre de l'article 2 *quinquies* sont déterminés par le droit de l'Union. S'il y a exercice par le juge du référé contractuel de ses pouvoirs, il y a donc bien possibilité de saisir celui-ci.

La deuxième tient au fait que, dans le mécanisme prévu par la directive aux paragraphes 4 et 5 de son article 2 *quinquies*, si le juge ne peut prononcer l'absence d'effets du contrat, il peut au moins – c'est d'ailleurs en toute logique le préalable de l'absence d'effets prévu au paragraphe 1 – en constater l'illégalité, pour le motif visé audit paragraphe 1 auquel il est renvoyé (selon le cas, l'absence de la publication requise au *JOUE* ou la méconnaissance des obligations de remise en concurrence). Ce constat d'une illégalité par un juge revêt naturellement une portée symbolique et pédagogique. En outre, si la Cour de justice juge, dans son arrêt du 11 septembre 2014, que le juge du référé doit vérifier que le pouvoir adjudicateur était bien de bonne foi lorsqu'il a conclu à tort le marché sans publicité communautaire préalable, encore faut-il qu'il puisse donc être saisi.

La troisième tient au fait que l'article L. 551-15 du Code de justice administrative, tel qu'interprété par le conseil d'État (*CE, 19 janv. 2011, n° 343435, Grand Port maritime du Havre : JurisData n° 2011-000392 ; Rec. CE 2011, p. 11 ; JCP A 2011, 2095, note F. Linditch ; RJEP 2011, comm. 22, obs. D. Moreau ;*

Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 92, note G. Eckert), aboutit à fermer la voie du référé contractuel, dans le cadre d'une procédure formalisée, au concurrent évincé ayant choisi de s'abstenir d'introduire un référé précontractuel alors qu'il en avait la possibilité puisqu'il ne peut saisir le juge d'un référé contractuel que « lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas communiqué la décision d'attribution aux candidats non retenus ou n'a pas observé, avant de signer le contrat, un délai de onze jours après cette communication ». Or, ainsi que cela a été relevé au regard de l'article 2 quinquies, paragraphe 4, qui requiert la publication d'un avis de publicité *ex ante* volontaire pour faire échec à l'absence d'effets, « en considérant que le respect d'un délai suffisant après la notification directe de leur éviction aux candidats évincés est de nature à fermer toute possibilité de contestation en référé contractuel, l'arrêt « GPMH » semble aller au-delà des possibilités de dérogation offertes par la directive » (David Moreau, note préc.).

Mais qui semble compatible avec la directive. Pour autant, il y a tout lieu de penser que, dans l'hypothèse où, malgré leur présence formelle, les conditions posées par le paragraphe 4 de l'article 2 *quinquies* ne seraient pas réunies, notamment parce que le pouvoir adjudicateur a sciemment violé l'obligation de publicité qui s'imposait et s'est borné à prétendre pouvoir recourir à une procédure négociée, les dispositions de l'article L. 551-15 du Code de justice administrative ne feraient pas obstacle à ce que le juge qui serait malgré tout saisi accepte de vérifier si ces conditions sont remplies et, donc, exerce son office au lieu de simplement déclarer la requête irrecevable.

D'abord parce que l'interprétation que la Cour de justice donne dudit paragraphe 4 dans son arrêt du 11 septembre 2014 le commande. Et ensuite parce que, dans des hypothèses similaires, c'est le raisonnement qu'a déjà tenu le Conseil d'État. Ainsi, en présence d'un marché passé par un pouvoir adjudicateur qui s'est cru à tort être une entité adjudicatrice et qui, en conséquence, n'a pas communiqué la décision d'attribution aux candidats non retenus et n'a pas observé, avant de signer le contrat, un délai de onze jours après cette communication, le juge du référé contractuel, qui a donc contrôlé la réalité de la qualité alléguée d'entité adjudicatrice, a pu sanctionner l'absence d'avis de marché au *JOUE* compte tenu du seuil de procédures formalisées réellement applicable (*CE, 23 nov. 2011, n° 349746, Sté GIHP Lorraine Transports : JurisData n° 2011-025975 ; JCP A 2011, act. 748*).

De même, si le marché passé selon une procédure adaptée n'implique pas d'obligation d'informer les candidats évincés et, par voie de conséquence, ne permet pas au juge du référé contractuel de l'annuler pour méconnaissance de cette obligation sur le fondement du troisième alinéa de l'article L. 551-18 du Code de justice administrative (*CE, 19 janv. 2011, préc.*), le Conseil d'État contrôle cependant, en qualité de juge du référé contractuel, si un marché passé selon une procédure adaptée a bien donné lieu à une publication de l'avis d'intention de conclure assorti d'un délai avant la signature (*CE, 29 juin 2012, n° 358353, Sté Chaumeil : JurisData n° 2012-014152 ; Rec. CE 2012, tables ; JCP A 2012, act. 470*) et si le marché pouvait bien être passé selon une procédure adaptée (*CE, 29 mai 2013, Sté Delta Process, n° 365954 : JurisData n° 2013-011339 ; BJCP 2013/90, p. 377, concl. B. Dacosta, obs. R.S. : admettant que le juge du référé peut être conduit à l'annuler si tel n'est pas le cas et que le pouvoir adjudicateur était tenu d'informer les candidats évincés du rejet de leur offre avant de signer le marché*).

Le marché irrégulièrement conclu de gré à gré pourrait donc, en cas de saisine du juge du référé contractuel, voir celui-ci, nonobstant la réunion, en apparence, des conditions énoncées à l'article L. 551-15, vérifier que tel est le bien le cas et notamment que le pouvoir adjudicateur a agi de manière diligente et estimé de bonne foi qu'il pouvait recourir à la procédure négociée sans mise en concurrence.

Mots clés : Contrats / Marchés publics. - Référé contractuel