

Les directives recours « nouvelles versions » et le contentieux de la commande publique

Leur transposition aura autant de conséquences indirectes que directes sur le contentieux administratif

La directive du 11 décembre 2007 a pour objectif d'améliorer l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics (♦ *Dir. n° 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, 11 déc. 2007 : JOUE, 20 déc.*). Si elle ne vient que modifier - de manière assez importante - les directives antérieures dites « directives recours » (♦ *Dir. 89/665/CEE du Conseil, 21 déc. 1989, mod. par Dir. 92/50/CEE du Conseil, 18 juin 1992* ♦ *Dir. 92/13/CEE du Conseil, 25 févr. 1992*), elle intervient aussi à un moment de renouvellement du contentieux administratif des contrats et d'instabilité du droit des marchés publics.

En effet, à la différence des anciennes directives qui avaient consacré les « référés précontractuels » des articles L. 551-1 et L. 551-2 du code de justice administrative, les apports de cette directive sont plus difficiles à déterminer, notamment au regard des évolutions issues de la jurisprudence « Tropic » (♦ *CE, 16 juill. 2007, n° 291545, Sté Tropic travaux signalisation*) et de son nouveau recours en contestation de validité des contrats ouverts aux candidats évincés dont les contours sont encore mal définis.

De lecture très fastidieuse, cette nouvelle directive est loin des exigences de qualité rédactionnelle posées dans l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » (*JOUE 321, 6 déc. 2003, p. 1*) voté par l'Union européenne. Sa transposition, qui devra intervenir au plus tard le 20 décembre 2009, est donc très attendue et l'on félicite les institutions européennes de ne pas avoir écrit un règlement qui aurait été applicable directement.

Origines de la directive 2007/66/CE

L'Union européenne a pris conscience depuis les années 70 de l'importance des marchés publics pour la création du marché intérieur, elle met d'ailleurs souvent en avant leur poids économique (16 % du PIB de l'ensemble des États membres). La troisième génération de directive « marchés » (♦ *Dir. 2004/17/CE pour les secteurs en réseau, 31 mars 2004* ♦ *Dir. 2004/18/CE pour les secteurs classiques, 31 mars 2004*) est venue, après les directives des années 70 et 90, mettre en place des procédures de passation pour un certain nombre de contrats. Si, en France, il existait déjà un code des marchés publics ne concernant qu'une partie des contrats visés par les directives, ce n'était pas le cas dans l'ensemble de l'Union européenne. En vertu de « l'effet utile » des directives, c'est-à-dire le fait que le droit communautaire ne doit pas rester lettre morte, l'Union oblige les États membres à modifier leurs droits internes pour atteindre cet objectif.

« Le nouveau texte européen étend le champ d'application des directives recours en le calquant sur celui des directives marchés »

Les directives « recours » ont donc pour objet de permettre, conformément aux directives « marchés », que l'offre la mieux-disante soit choisie. La confiance dans l'application des procédures et la possibilité d'avoir un recours juridictionnel constituent un autre élément important justifiant ces directives « recours ». Cette confiance est, en effet, indispensable pour pousser les entreprises à répondre aux offres dans les autres pays que le leur. L'objectif est ici de créer un espace européen des marchés publics qui est aujourd'hui en pratique très réduit. L'Union européenne met par ailleurs en avant le caractère démocratique de ces recours. Elle se présente comme le « chevalier blanc » de la commande publique, celui qui va retirer la concussion et les détournements de tous les pays européens.

Contrats et personnes visés par les nouvelles dispositions

La directive 2007/66/CE ne remplace pas les deux directives « recours » antérieures mais les réforme ce qui ne simplifie pas la numérotation interne des textes. A une directive de fond correspond une directive recours, et cela est valable pour les marchés des secteurs « classiques », comme ceux des secteurs en réseau. Il n'y avait donc pas lieu de réunifier les deux directives « recours ».

Cependant, le nouveau texte européen étend le champ d'application des directives « recours » en le calquant sur celui des directives « marchés ». Prenant acte de l'implosion de la notion de marchés communautaires, elle s'applique différemment selon qu'il s'agit de marchés (c'est-à-dire, pour le droit français, aussi de certaines délégations de service public puisque les concessions de travaux communautaires sont le plus souvent des concessions de travaux et services publics en droit interne), d'accords-cadres et de systèmes d'acquisition dynamiques. D'ailleurs, à la lecture de cette directive, ces deux nouvelles procédures transposées dans le code des marchés publics français ne sont pas des modalités particulières de marchés mais bien des contrats particuliers.

La définition donnée par la directive 2007/66/CE des personnes susceptibles d'introduire un recours risque d'avoir des conséquences notables sur le contentieux administratif français. En effet, dans son 17^e considérant, elle distingue plus particulièrement 2 catégories de personnes parmi celles pouvant exercer un recours. La première est classique : ce sont les personnes ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir le marché, c'est-à-dire les concurrents évincés. La seconde - dont on remarque qu'elle est très ouverte puisque la directive précise que ce sont « au moins » ces personnes - est définie très largement : les personnes ayant été ou risquant d'être lésés par une violation. Cela concerne-t-il toutes les entreprises

« Les articles L. 551-1 et L. 551-2 du code de justice administrative sont conformes à la directive »

dans le secteur d'activité du marché ? Cela ferait certainement beaucoup, mais rien ne l'exclut.

Or, cette question de l'ouverture du recours s'est posée au Conseil d'État à l'occasion de l'arrêt « Tropic ». Le commissaire du gouvernement, Didier Casas, estimait dans ses conclusions que toute personne ayant des droits subjectifs « de nature patrimoniale » lésés devait pouvoir intenter le recours. Le Conseil d'État a finalement décidé de réduire les personnes susceptibles d'intenter le recours aux seuls concurrents évincés. Cette restriction issue de l'arrêt « Tropic » est directement remise en cause par la nouvelle directive et la position du commissaire du gouvernement va peut-être profiter d'un regain d'intérêt.

En revanche, les articles L. 551-1 et L. 551-2 du code de justice administrative sont conformes à la directive en ce qu'ils précisent que les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement. La différence est faible pour l'instant en pratique et l'on ne connaît pas de cas où, à part le préfet, une personne autre qu'un concurrent évincé ait fait un référé précontractuel. Cela étant, la reconnaissance d'un recours élargi après la signature pourrait susciter des recours spéciaux (la personne expropriée par le projet retenu qui ne l'aurait pas été par un autre par exemple, ou tout simplement un contribuable local).

Développer des recours efficaces au moment où cela est encore possible

Le développement des recours précontractuels correspond à une volonté de pouvoir annuler et modifier le contrat à un moment où, non seulement son exécution n'est pas encore commencée, mais où, de surcroît, les dispositions contractuelles ne s'appliquent pas encore. A défaut, une analyse de la légalité du contrat peu de temps après le début de son exécution constitue aussi un recours efficace. N'a-t-on pas reproché bien souvent aux annulations de marchés d'intervenir des mois, voire des années, après la fin de leur exécution ?

Généralisation du délai de standstill

C'est en partant de ce constat que la Commission a préparé cette directive. En 1989 et 1992, les directives « recours » avaient déjà été à l'origine du référé précontractuel. Cependant, la Commission constate ce qu'elle appelle une « course à la signature » dans l'ensemble des pays ayant transposé ces directives. En effet, pour ne pas être soumis au référé, on signe plus vite le contrat. La France n'était pas épargnée par ce phénomène, et les contre-mesures (v. ci-dessous) qu'elle a mises en place ne respectent pas, nous semble-t-il, les exigences de la nouvelle directive.

« La Commission constate ce qu'elle appelle une course à la signature »

Imposer un certain délai entre la décision portant sur le choix d'un candidat et la signature du contrat est certainement la meilleure solution pour empêcher cette course à la signature. La directive 2007/66/CE crée donc un « délai de suspension » de signature (délai de « *standstill* ») de droit commun de 10 jours francs (ou 15 jours selon les moyens utilisés, télématiques ou non). Ce délai part, selon les cas, soit de l'envoi de la décision motivée aux soumissionnaires non retenus, soit de la publication d'un avis d'attribution pour les autres cas.

Depuis 2004, le code des marchés publics exige qu'un délai de *standstill* de 10 jours soit respecté entre le choix du titulaire et la signature du contrat (♦ *C. marchés publ. 2006, art. 80*). Le droit national des marchés publics serait donc sur ce point conforme à la directive et ne nécessite pas d'autre transposition. Ce serait une erreur puisque l'ensemble des directives n'est pas transposé dans le code : les contrats de partenariats, les délégations de service public soumises aux directives, les marchés des organismes de droit public ayant la qualité de personne privée ne sont pas soumis à cette disposition. Pour ces contrats, un délai de suspension existe déjà aux articles L. 551-1 et L. 551-2 du code de justice administrative. Ces dispositions prévoient que dès qu'il est saisi, le juge des référés « peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de 20 jours ». Si la durée de suspension peut être supérieure à 10 jours, elle est cependant au bon vouloir des juges. Par ailleurs si aucun recours n'est engagé, l'autorité adjudicatrice peut signer le contrat au bout d'une journée. Dans ce cas, il n'est plus possible d'intenter un référé précontractuel, ce que veut justement éviter la directive de 2007 (♦ *CE, 17 oct. 2007, n° 300419, Sté Physical Network Software*). Notons que la possibilité de suspension incluse dans les articles prévoyant les référés précontractuels reste utile pour éviter l'abus que constituerait un référé de dernière minute (♦ *Dir. n° 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, 11 déc. 2007, Considérant 12*).

Cas particulier des marchés de gré à gré

Pour les marchés de gré à gré (c'est-à-dire au sens de la directive, les marchés inférieurs aux seuils des procédures formalisées), la question se pose de savoir quels recours leur sont ouverts. En effet, la directive prévoit que s'il n'y a pas de procédure de publicité, la bonne application des directives « marchés » impose qu'il y ait une procédure de recours efficace après la conclusion du marché.

« La bonne application des directives marchés impose qu'il y ait une procédure de recours efficace après la conclusion du marché »

L'arrêt « Tropic » s'insère parfaitement dans cette problématique. Une question se pose pourtant : une partie de la doctrine estime que le recours en contestation de validité de l'arrêt « Tropic » n'est pas ouvert en cas de marchés de gré à gré. Ces auteurs se fondent sur une disposition de l'arrêt qui précise que le délai de 2 mois pour exercer ce recours part des mesures de publicité pour en déduire qu'il n'y a pas de recours possible lorsqu'il n'y a pas de publicité. Cela ne nous semble pas une interprétation obligatoire. On peut notamment avancer l'idée que ce recours est en réalité ouvert à tout moment puisque, s'il n'y a pas de mesure de publicité, il n'y a pas de point de départ du délai. Certes, cela aurait pour conséquence de développer le risque d'instabilité du contrat. Cependant, non seulement la preuve de l'atteinte serait alors difficile, mais en plus on pourrait, en suivant en cela l'article 2 septies, 1°, b de la directive, mettre en place un délai maximal de recours de 6 mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat. Par ailleurs, pour limiter les effets de cette mesure, rappelons que le juge a précisé qu'« une requête contestant la validité d'un contrat peut être accompagnée d'une demande tendant, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de son exécution ».

Cas particulier des accords-cadres et des systèmes d'acquisition dynamiques

La directive 2007/66/CE prévoit, en outre, un régime juridique spécial pour les accords-cadres et les systèmes d'acquisition dynamiques. Dans ces procédures qui visent l'efficacité, imposer un délai de suspension serait contraire à l'esprit des directives « marchés ». Pour ces procédures, le contentieux administratif actuel semble correspondre à ce qu'attend la directive : il existe d'ores et déjà des recours efficaces après la conclusion du contrat, soit contre les actes détachables pour les tiers « non intéressés », soit par le recours de la jurisprudence « Tropic » pour les concurrents évincés. Seule la question du délai maximal de 6 mois se posera effectivement, mais il n'est pas obligatoire.

Des effets modulés en cas de non-respect du droit communautaire des marchés publics

Les directives « recours » telles qu'elles résultent de cette dernière modification imposent des contraintes supplémentaires aux pouvoirs adjudicateurs. Par un effet pervers, ces nouvelles exigences conduisent à de nouveaux motifs d'annulation des contrats. Lorsqu'elle sera transposée, cette directive 2007/66/CE permettra donc de sanctionner plus efficacement, non seulement les règles de passation des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, mais aussi le non-respect des délais et des notifications qu'elle impose elle-même. Quelles sont donc les sanctions de ces illégalités ?

Le texte veut se présenter comme souple et adapté. Il impose que les sanctions soient « effectives, proportionnées et dissuasives » (♦ *Dir. n° 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, 11 déc. 2007, Considérant 13*). En réalité, il renforce les sanctions et n'apporte pas de souplesse au contentieux administratif actuel.

« Les cas dans lesquels les sanctions de substitution peuvent être utilisées se limitent à des raisons impérieuses d'intérêt général »

Tout d'abord, les recours possibles aujourd'hui sont déjà souples. En effet, dans les recours de plein contentieux, le juge ne se limite pas à l'annulation du contrat. C'est aussi le cas dans le référé précontractuel dans lequel le juge peut prendre « toutes mesures utiles », et dans le recours en contestation de validité issu de l'arrêt « Tropic ». Dans ce dernier cas, il est précisé que le juge doit « prendre en compte l'illégalité commise » pour résilier le contrat dans son ensemble ou seulement certaines de ses clauses, ou pour accorder des indemnités ou annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat. Si ces deux recours s'appliquent ou anticipent les directives « recours », la souplesse accordée par ces textes ne correspond pas à la rigueur de la nouvelle directive qui considère l'annulation comme la sanction « normale » et utilise le terme évocateur de la sanction conduisant à « l'absence d'effet » (♦ *Dir. n° 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, 11 déc. 2007, mod. par Dir. n° 89/665 et Dir. n° 893/13, art. 2 quinquies*). Les cas dans lesquels « les sanctions de substitution » peuvent être utilisées se limitent à des « raisons impérieuses d'intérêt général », sachant en plus que les raisons économiques ne peuvent avoir cette qualité que dans des cas exceptionnels. Si la directive veut laisser « un large pouvoir d'appréciation » au juge, elle risque en réalité de diminuer les pouvoirs que le juge des référés contractuels s'accorde déjà (♦ *CE, 20 oct. 2006, n° 289234, Cne d'Andeville*) et qui, a priori devrait servir de base aux pouvoirs du juge dans un contrôle de type « Tropic ».

Ensuite, les sanctions sont renforcées par le fait que la directive impose une sanction pénale ou quasi-pénale (hypothèse où la sanction serait décidée par une autorité administrative indépendante créée pour l'occasion) à son non-respect. Elle estime en effet que « l'octroi de dommages et intérêts ne constitue pas une sanction appropriée », ce qui conduira nécessairement à une modification du droit français, ce dernier se satisfaisant le plus souvent d'une indemnisation. Cette pénalisation va dans le sens inverse du Rapport Stoléro qui préconise l'abandon de l'incrimination de « délit de favoritisme » de l'article 432-14 du code pénal (v. « Le rapport Stoléro jette les bases d'un futur small business act européen », *Bull. n° 11, p. 3*).

Grégory Kalflèche
Agréé des Facultés de droit
Professeur à l'université de la Réunion