

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

La modification des directives « recours » en matière de marchés publics : une boule de cristal pour le contentieux des contrats publics

KALFLÈCHE GRÉGORY

Référence de publication : KALFLÈCHE (G.), « La modification des directives “recours” en matière de marchés publics : une boule de cristal pour le contentieux des contrats publics », *Europe*, n° 4, 2008, p. 4-9.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter portail-publi@ut-capitole.fr

La modification des directives « recours » en matière de marchés publics : une boule de cristal pour le contentieux des contrats publics

La directive 2007/66/CE vient réformer les deux directives « recours en matière de marchés publics » de 1989 et 1992. Cette réforme vise à renforcer l'efficacité des recours pour garantir que c'est bien l'offre la plus avantageuse qui est choisie lors des procédures de passation. Elle a donc pour objectif d'améliorer l'efficacité des référés précontractuels dont l'Union est déjà à l'origine, mais aussi à développer des recours postcontractuels efficaces. L'arrêt du Conseil d'État du 16 juillet 2007 *Tropic travaux signalisation*, qui est souvent présenté comme anticipant cette directive, va cependant devoir subir des ajustements importants, tant dans son ouverture que dans ses conséquences. On peut par conséquent lire en transparence dans cette directive l'avenir du contentieux des contrats publics.

1. - L'efficacité passerait-elle par la complexité ? Cette question incongrue peut se poser si l'on oppose d'un côté l'objectif d'efficacité du droit des marchés communautaires qui est recherché par la modification des directives « recours » par la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007^{Note 1}, et de l'autre l'analyse de cette même directive qui, sur ses seize pages, contient tous les éléments d'une législation absconse.

2. - L'objectif est cependant parfaitement louable et cette réforme intervient à un moment clef dans l'évolution du droit du contentieux administratif des contrats en France. La réforme des directives relatives aux procédures de recours en matière de marchés publics, dites directives « recours », qui datent de 1989^{Note 2} et 1992^{Note 3}, a été initiée fin 2003, c'est-à-dire un peu avant l'entrée en vigueur des directives de fond « marchés publics » de troisième génération^{Note 4}. La méthode législative employée est aujourd'hui classique : la Commission a effectué de très nombreuses consultations d'entreprises, d'avocats, d'administrateurs et d'universitaires pour leur présenter les axes de réforme possibles et recueillir leurs réactions et analyses, notamment à travers son site Internet. On notera une relative rapidité dans la procédure, il n'est pas si courant de voir aboutir une réforme en cinq petites années^{Note 5}. Il serait légitime de se demander pourquoi, alors que les directives de fond ont été codifiées, le choix a été fait de maintenir les directives de 1989 et 1992 en les amendant. La réponse est vraisemblablement que la situation actuelle, qui propose une directive recours pour les « secteurs classiques » et une autre pour les « secteurs en réseau » correspond à celle des directives de fond, ce qui n'était pas le cas avant 2004, quand ces mêmes directives étaient aussi réparties selon leur objet matériel. Pour moins simple que cela puisse paraître de ne pas codifier, la clarté devrait y gagner : à une directive de fond correspond une directive « recours ».

3. - Reste que si cela n'est pas contestable, un autre point de méthode l'est largement. Il concerne l'écriture de cette directive dont le style et les renvois incessants en rendent la lecture particulièrement fastidieuse, et amène à se demander pourquoi l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer »^{Note 6} a été signé... Pour l'anecdote, on remarquera non seulement une utilisation d'articles assortis de *bis*, *ter* et *quater*, et jusqu'au *septies* rappelant les pires errements du droit fiscal interne, mais encore l'utilisation de renvois entre articles de cette directive ou aux directives marchés qui relèvent non plus du simple jeu de piste, mais du parcours du combattant^{Note 7}. La transposition – qui doit intervenir avant le 20 décembre 2009 – ne sera pas inutile mais elle ne sera pas facile.

4. - Sur le fond, cette directive a pour objectif de garantir l'effet utile des directives marchés publics en améliorant l'efficacité des procédures de recours en cas de non-respect des procédures de passation. Cela comprend deux aspects. En premier lieu, garantir autant que faire se peut que c'est bien l'offre la plus avantageuse qui a été choisie par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice^{Note 8} ; pour ce faire, elle constate qu'il faut veiller au respect du droit des marchés « à un stade où les violations peuvent encore être corrigées »^{Note 9}, il en va de la création d'un marché intérieur des marchés publics. Comment en effet conduire les opérateurs économiques à participer aux marchés publics dans tous les pays membres s'ils n'ont pas confiance dans leur possibilité de se défendre en cas d'abus ? En second lieu, la Commission à l'origine du projet se présente aussi comme la garante d'un usage moral des deniers publics, sauvegardés également, mais sans que cela soit leur objet principal, par les procédures de passation.

5. - On sait qu'à leur entrée en vigueur initiale, ces directives avaient déjà apporté les fameux « référés précontractuels », aujourd'hui codifiés aux articles L. et R. 551-1 et s. du Code de justice administrative^{Note 10}. Leur efficacité n'est aujourd'hui plus à prouver et l'on sait qu'ils ont même été partiellement à l'origine de la découverte de l'oralité par le juge administratif, et par conséquent à celle de la réforme des référés administratifs en 2000^{Note 11}. La nouvelle réforme se présente comme le moyen d'aller plus loin dans cette garantie et cela sous plusieurs formes. D'abord, le législateur européen entend améliorer le référé précontractuel en en garantissant un usage facilité. Pour ce faire, la mesure la plus intéressante est la mise en place d'un délai entre le choix du cocontractant et la signature du contrat qui marque l'arrêt de l'usage de ce référé. La seconde mesure est l'ouverture d'un recours après la signature du contrat. Celui-ci vient alors prendre le relais du référé. Cette seconde réforme serait une révolution si celle-ci n'avait pas été anticipée par le juge administratif dans l'arrêt d'Assemblée du 16 juillet 2007 *Société Tropic travaux signalisation* aux conclusions D. Casas^{Note 12}. Le nouveau « recours en contestation de validité du contrat » que propose cet arrêt va en effet dans le sens de la directive.

6. - S'arrêter à cela et considérer que la directive 2007/66/CE n'apporte rien au contentieux administratif serait pourtant une erreur. Non seulement les deux recours pré et post-signature tels qu'ils existent se voient modifiés ou précisés sur un certain nombre de points qui ne sont pas à la marge, mais en outre la sanction du non-respect des procédures de passation est, elle aussi, modifiée.

1. Le recours avant la signature : retour sur le référé précontractuel

7. - La directive entend lutter contre ce que la pratique appelle la « course à la signature ». Ce terme aujourd'hui consacré laisse entendre que les référés tels qu'ils avaient été envisagés par la directive recours en 1989 n'ont pas toute l'efficacité escomptée, parce que leur usage n'est plus possible une fois que le contrat est signé. Face à cette situation que l'on retrouvait dans la quasi-totalité des pays de l'Union, la réflexion sur les recours en matière de marchés a été plus globale. C'est ainsi que la nouvelle directive renforce les recours avant la signature du contrat en modifiant les référés précontractuels.

8. - Le référé précontractuel ne subit pas directement une modification dans son mode de fonctionnement.

Il reste un référé au fond, un recours de plein contentieux^{Note 13} en premier et dernier ressort, permettant au président du tribunal administratif ou au magistrat qu'il délègue d'être saisi des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qui s'imposent aux personnes publiques lors que la passation de certains contrats de la commande publique. L'origine communautaire de ce recours est bien claire. D'abord, ce recours est réparti entre les articles L. 551-1 et L. 551-2 du Code de justice administrative en fonction de la directive dont ils sont issus, celle de 1989 ou celle de 1992^{Note 14}. L'absence d'unification des directives n'impose par conséquent aucune réunification des articles du CJA. Ensuite, l'alinéa 4 de l'article L. 551-1 (et alinéa 5 de l'article L. 551-2) donne un intérêt à agir en référé précontractuel directement à l'État à la suite d'une notification par la Commission européenne des raisons qui la conduiraient à penser qu'il y aurait une violation du droit communautaire des marchés. Cette disposition que l'on peut presque assimiler à un « déféré » indirect de la commission pour la défense du droit communautaire est issue des directives « recours »^{Note 15}.

9. - La première grande réforme issue de la directive 2007/66/CE ne concerne cependant pas le référé précontractuel dans sa procédure. Elle concerne la « course à la signature » qui résulte du fait que ce référé n'est plus ouvert dès lors que le contrat est signé^{Note 16}, même s'il n'est pas encore transmis au contrôle de légalité^{Note 17}.

A. - Quand dix jours internes ne valent pas dix jours communautaires

10. - Le meilleur moyen pour éviter que les cocontractants signent vite le contrat et empêchent de ce fait les concurrents évincés de saisir le juge du référé précontractuel est d'obliger une période de suspension de la signature après que le choix du cocontractant a été fait. Ainsi, si une procédure voit une commission d'appel d'offres choisir le candidat « B », la signature du contrat ne pourra avoir lieu qu'un certain nombre de jours plus tard afin de laisser aux concurrents évincés, « A » ou « C », le temps de connaître et préparer leur recours avant la signature. Cette solution semble tellement logique qu'elle a été retenue par les droits français, belge et allemand notamment, avant d'être étendue par la directive 2007/66/CE.

11. - À la suite d'une incitation communautaire^{Note 18}, l'article 80 du Code des marchés publics de 2006 a prévu un délai de 10 jours entre la notification de la décision de rejet aux candidats non retenus et la signature du marché ou de l'accord-cadre^{Note 19}. Ce délai peut être « réduit dans des proportions adaptées à la situation » en cas d'urgence. Cet article a pu faire dire aux commentateurs les plus hâtifs que le droit interne respecte déjà la directive. Tel n'est pourtant pas le cas.

12. - La directive prévoit elle aussi, dans son article 2bis-2, un délai de suspension (ou délai de *standstill*) de 10 jours. Cependant, non seulement le point de départ varie par rapport au droit interne (« le lendemain du jour où la décision d'attribution a été envoyée »)^{Note 20}, mais en plus ce délai n'existe-t-il que lorsqu'il y a usage d'un moyen électronique pour l'envoi. Si tel n'est pas le cas, le délai est porté à 15 jours du même départ ou 10 jours de la réception par les candidats ou soumissionnaires^{Note 21}. Bref, les 10 jours communautaires ne sont pas les mêmes que les 10 jours du Code des marchés publics. À cela, il faut ajouter que le champ d'application de l'article 80 du Code des marchés publics est bien plus étroit que celui de la directive. Là où « *les marchés au sens de la présente directive incluent les marchés publics,*

les accords-cadres, les concessions de travaux publics et les systèmes d'acquisition dynamiques », le code ne prend en compte que les marchés publics au sens communautaire, et encore seulement lorsque le pouvoir adjudicateur est une personne publique.

13. - Le délai de suspension de dix jours du Code des marchés publics n'est cependant pas le seul : le juge peut aussi suspendre la signature à l'occasion de référés. Reste que cette possibilité ne peut pas, par elle-même, être considérée comme une bonne transposition des nouvelles dispositions. D'abord, afin d'éviter une signature trop rapide, les articles L. 551-1 et 2 CJA^{Note 22} prévoient que « dès sa saisine, le juge du référé précontractuel peut enjoindre aux cocontractants de différer la saisine pour une durée maximum de vingt jours ». Ce délai ne garantissant pas de minimum et n'étant pas automatique, il n'est pas conforme aux directives dans leurs nouvelles versions, mais l'allongement du délai minimum par ce biais est utile. Il en est de même pour un tel délai lorsqu'il est demandé sur le fondement de l'article L. 521-1 du CJA, c'est-à-dire le référé suspension classique.

B. - Deux réflexions sur le caractère minimum du délai

14. - Le délai tel qu'il est présenté par la directive est de surcroît un minimum. Il apparaît comme la solution la plus équilibrée entre un délai raisonnable pour que les soumissionnaires et candidats puissent préparer leurs dossiers et l'allongement des procédures produit par une suspension. Puisqu'il s'agit d'un minimum, il semble que le Conseil d'État doive revenir sa jurisprudence. En effet, dans deux arrêts des 7 mars 2005 *Sté Grandjouan-Saco*^{Note 23} et 17 octobre 2007 *Sté Physical Networks Software*^{Note 24} il a considéré comme tardif le recours en référé précontractuel formé par les sociétés en question alors même que la signature du contrat n'avait pas respecté le délai de dix jours imposé par le Code des marchés publics. Logiquement, l'irrecevabilité conduit à ce que le non-respect du délai ne soit pas sanctionné. Le problème est que cette jurisprudence semble s'inscrire dans la suite de l'arrêt du 8 février 1999 *Sté Campenon Bernard*^{Note 25}, qui interdit au juge des référés précontractuels de juger de la légalité de la signature du contrat. Cette jurisprudence, critiquée à juste titre par certains auteurs^{Note 26}, va à notre sens devoir être modifiée : si le juge du contrat ne peut pas contrôler si la signature a bien respecté le délai de 10 jours, cela retire une grande partie de l'effet utile de cette disposition communautaire^{Note 27}. Pour aller dans ce sens, on peut ajouter que le respect de cette disposition communautaire devient une « obligation de publicité et de mise en concurrence » grâce à la directive 2007/66/CE et que, partant, le revirement est fondé textuellement sur la directive elle-même^{Note 28}.

15. - À un autre titre, les dix jours prévus par la directive sont un minimum. Ce texte prévoit en effet que ce délai peut aussi être augmenté d'un délai identique en cas de recours gracieux obligatoire auprès du pouvoir adjudicateur. Cette disposition, issue de l'article 1er-5 de la nouvelle version de la directive 89/665/CEE^{Note 29} est vraisemblablement le fruit de l'expérience française. En effet, dans la mesure où un tel recours gracieux n'arrêtait pas la signature, mais où une telle pratique tenait le pouvoir adjudicateur informé d'un possible recours en référé précontractuel, il était à l'origine de nombreuses signatures précipitées lorsqu'il était obligatoire en droit français. C'est pour cette raison que cette obligation de recours gracieux^{Note 30} avait été retirée des articles L. 551-1 et 2 CJA. On peut se demander s'il ne serait pas utile de le réintroduire aujourd'hui, même si personne ne semble se plaindre de son absence. En revanche, ce recours administratif étant resté obligatoire dans le cadre du référé précontractuel de l'article 1441-1 CPC, il va falloir sur ce point transposer le droit issu de la nouvelle directive^{Note 31}.

C. - À qui s'applique ce délai de dix jours ?

16. - La question se pose de savoir qui est soumis à ce délai de 10 jours. En droit français, le recours en référé précontractuel est ouvert très largement : « 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, ainsi que le représentant de l'État dans le département ». Cette ouverture est spécialement grande puisqu'elle s'applique à un très grand nombre de contrats : marchés publics, mais aussi conventions de délégations de service public, contrat de partenariats, marchés publics au sens communautaire du terme, même lorsqu'ils sont passés par des personnes non comprises dans le champ du code, et baux hospitaliers. Plus encore, le Conseil d'État a même admis qu'un référé précontractuel était ouvert à un concurrent ayant remporté le marché parce qu'il avait intérêt à conclure un marché « selon une procédure régulière »^{Note 32}.

17. - Dans le cadre de la directive 2007/66/CE, la situation est plus complexe et les personnes pouvant bénéficier du délai sont *a priori* moins nombreuses. Si l'on excepte même le fait que les délégations de service public ne rentrent normalement pas dans le champ du référé, pas plus que les autres contrats « hors marchés publics communautaires », la directive prévoit aussi des exceptions. Ainsi, elle prévoit, de manière assez générale, que tous les marchés ne nécessitant pas de publicité peuvent être exclus du bénéfice du délai. Ces hypothèses sont listées à l'article 2ter de la directive et comprennent principalement les marchés qui ne sont pas soumis à un avis de marché au JOUE. On comprend que c'est le cas de tous les marchés en dessous de seuils, notamment. C'est aussi le cas de tous les soumissionnaires uniques – on ne saurait que voir la contrariété entre cette disposition et l'arrêt *Communauté d'agglomération de Saint-Étienne Métropole* – des marchés subséquents après un accord-cadre et des systèmes d'acquisition dynamiques qui perdraient leur efficacité à être suspendus.

18. - La transposition sur ces points est heureusement libre^{Note 33}, mais il faudra que le législateur prenne en compte l'utilité de maintenir un référé précontractuel unique, quelle que soit la source communautaire ou interne des procédures de passation.

2. Le recours après la signature : retour sur l'arrêt Tropic

19. - Le développement de garanties pour les concurrents dans le cadre du recours précontractuel n'est cependant pas la seule avancée de cette directive 2007/66/CE. Elle impose aussi un recours effectif après la signature du contrat. Ce faisant, elle donne des éléments permettant d'anticiper les évolutions et de répondre à des interrogations concernant le recours « *Tropic* ». Ces modifications sont à ce point importantes que l'on se demande si le Conseil d'État n'est pas allé un peu vite à « importer » un recours avant que ses contours n'aient été parfaitement établis. Il faut bien cependant reconnaître que la question d'un recours direct des tiers contre les contrats administratifs était une question qui existait bien avant que cette évolution ne fût même évoquée par le droit communautaire^{Note 34}. L'objectif de recours efficace de la directive rencontre ici parfaitement celui du droit français qui, à l'instar du Huron du professeur J. Rivero^{Note 35}, estime que l'époque où le recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables constituait le seul recours envisageable est révolue.

20. - La directive se présente donc avec un recours postcontractuel qui vient prendre le relai du recours précontractuel. L'utilité de ce deuxième recours existe aussi bien quand le premier n'a pas pu ou n'a pas voulu être utilisé que quand il n'est pas possible, notamment lorsque la directive prévoit son exclusion possible en considération des ralentissements occasionnés par la suspension de la signature^{Note 36}. Le recours postcontractuel tel qu'il est proposé par la directive modifiée a en effet à la fois un champ d'application organique différent et se fonde sur des mesures de publicité définies différemment.

A. - Les personnes visées par le recours post-signature

21. - L'arrêt *Société Tropic travaux signalisation* rendu par le Conseil d'État le 16 juillet 2007 précise que seuls les « requérants évincés » peuvent bénéficier du recours en contestation de validité du contrat qu'il met en place. Les nouvelles dispositions communautaires semblent plus larges à la lecture du 17e considérant de la directive 2007/66/CE et de l'article 1er-3 qu'elle modifie : une procédure de recours devrait être accessible « au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésé par une violation alléguée. » On retrouve ici presque la formule de l'ancienne version de la directive^{Note 37} que l'arrêt de la Cour de justice du 11 janvier 2005 *Stadt Halle* avait entendue très largement comme ouvrant le recours même en dessous des seuils communautaires^{Note 38}. Cependant, la définition des soumissionnaires et candidats telle qu'elle est utilisée ensuite laisse entendre que le recours pourrait être moins ouvert que cela.

22. - On retrouve entre le droit communautaire et le droit interne un débat qui a eu lieu devant le juge administratif lors de l'arrêt *Tropic*. Le commissaire du gouvernement D. Casas proposait en effet d'ouvrir le recours à « toute personne justifiant d'un droit patrimonial lésé », solution plus large que les seuls concurrents évincés. L'idée d'une ouverture plus large semble se rapprocher de la position de la directive pour qui ce n'est que cet objectif qui doit être atteint par l'État^{Note 39}. Toutes les voies de droit interne rentrent donc dans cet objectif, les référés précontractuels, le recours « Tropic », mais aussi les demandes d'annulation des actes détachables, éventuellement assortis d'injonction. Pour ce qui concerne le recours « Tropic », la référence aux soumissionnaires et candidats des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE laisse à penser qu'il faudra faire la différence entre les procédures formalisées qui réserveront le recours aux candidats ayant présenté une offre, et les procédures moins formelles ou le fait d'être une entreprise qui aurait pu répondre à l'offre devrait suffire^{Note 40}. La directive semble, sur ce point, laisser une marge de manœuvre au droit interne, mais en tout état de cause, et sauf à interpréter ses termes très largement, l'ouverture actuelle de l'arrêt *Tropic* est trop restreinte.

B. - La publicité permettant l'ouverture des recours postcontractuels

23. - L'arrêt *Tropic* fait partir le délai de deux mois durant lequel les concurrents évincés peuvent exercer ce recours « à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées »^{Note 41}. Cette qualification juridique est nouvelle en droit interne et, justement, permet d'être précisée par les obligations de publicité telles qu'elles sont issues de la nouvelle directive recours.

24. - Le principe du départ des délais de recours à la publication ou à la notification aux concurrents (quelle que soit la façon dont on les définit) est aussi celui du droit communautaire. La directive est sur ce point peu contraignante puisqu'elle prévoit que les États membres peuvent – et non pas doivent – fixer un délai minimal de 30 jours calendaires^{Note 42}. Le délai de deux mois du recours interne répond à ce minimum. C'est dans les dispositions suivantes de l'article 2 septies-1-a) que l'on trouve cependant des précisions importantes. Il en est ainsi notamment de l'obligation, en cas d'information directe des candidats, de leur notifier les motifs pertinents ayant conduit au choix du pouvoir adjudicateur.

25. - La situation est un peu plus complexe lorsqu'il y a absence de publicité. Cette hypothèse, dans laquelle les mesures de publicité n'auraient pas été effectuées par la collectivité, laisse ouverte la question de savoir si le délai n'est pas parti ou s'il part d'un autre point. La directive précise au même article 2 septies-1-a) que la publication d'un avis d'attribution^{Note 43} ne suffit pas par lui-même à faire partir le délai : il faut en plus que cet avis contienne la justification du pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché sans publication préalable d'un avis. En droit interne, contre le texte de l'arrêt Tropic qui fait partir le délai de « l'accomplissement des mesures de publicité », le tribunal administratif de Toulouse a estimé dans une ordonnance du 11 décembre 2007, *Sté Cofathec coriance* (07/5123), que si les formalités de publicité n'ont pas été faites, le délai de recours part de la signature du contrat. Cette solution est logique en ce qu'elle prolonge la durée d'instabilité du contrat pour un pouvoir adjudicateur qui n'aurait pas procédé à la publicité, plutôt que de lui permettre d'échapper au recours Tropic alors que le recours en référé serait irrecevable car tardif. Cela étant, cette situation est préjudiciable à la stabilité des contrats administratifs. La directive 2007/66/CE propose peut-être une solution intéressante qui existe déjà en droit de l'urbanisme depuis le décret du 5 janvier 2007^{Note 44} lors des recours contre les permis de construire : un délai de recours maximum. Ce délai est fixé de l'article 2 septies-1-b) à au moins 6 mois. Le législateur ou le juge auront sur ce point intérêt à suivre la directive.

3. La sanction du non-respect des procédures : « le constat d'absence d'effet »

26. - La directive du 11 décembre 2007 ne se contente pas de développer des procédures visant à garantir l'application du droit des marchés, elle donne aussi les contours des sanctions qui peuvent en découler. Ces sanctions sont regroupées sous la dénomination d'un « constat d'absence d'effet » qui nécessite d'être précisé.

A. - *L'absence d'effet ou la nécessité d'un recours de plein contentieux*

27. - Les deux types de recours mis en place par la directive communautaire sont des recours qui, selon la terminologie de Laferrière^{Note 45}, sont des recours de plein contentieux ou de pleine juridiction. Cela signifie qu'ils ouvrent au juge la possibilité d'utiliser bien d'autres pouvoirs que la seule annulation ou la seule déclaration de nullité^{Note 46}.

28. - Sur ce point, aussi bien les référés précontractuels que le recours en contestation de validité correspondent aux objectifs communautaires. Le référé précontractuel, quand bien même il ouvrirait au

juge plus de pouvoir dans le cadre des secteurs classiques que dans celui des secteurs en réseaux, permet au juge d'ordonner à l'auteur d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence de s'y conformer, de suspendre la passation du marché ou des décisions qui y sont relatives, et même de supprimer des clauses de ce qui n'est pas encore un contrat^{Note 47}. On peut cependant noter que la directive 2007/66/CE ne fait pas de différence entre les pouvoirs du juge des référés selon que l'on est dans les secteurs classiques ou dans le cadre d'un réseau. Le droit français gagnerait lui aussi à unifier ce point.

29. - La solution de l'arrêt *Tropic* a pour sa part été créée par le juge administratif en lieu et place de l'ouverture d'un recours pour excès de pouvoir contre le contrat justement parce qu'elle permet elle aussi au juge de sanctionner les irrégularités autrement que par une annulation *ab initio*.

B. - Des sanctions internes à faire évoluer

30. - Sur cette question des sanctions, les éléments donnés par la directive sont légèrement différents de ceux de l'arrêt *Tropic*, ce qui ouvre des possibilités d'évolutions. L'arrêt permet un panel important de mesures : résiliation du contrat, modification de certaines clauses, poursuite de son exécution après régularisation, accords de dommages et intérêts ou enfin annulation totale ou partielle, éventuellement avec un effet différé du contrat. Le critère qui permettra au juge de choisir entre toutes ces mesures étant « la nature de l'illégalité éventuellement commise ».

31. - La directive va dans le même sens, même si elle comprend des différences qui devraient conduire à des modifications des mesures prévues par l'arrêt. Ainsi, si les mesures d'annulation partielle, totale ou de résiliation sont identiques, elles ne peuvent être la seule sanction. Quand le juge se limite à ces conséquences, l'article 2 *quinquies*-2 impose qu'elles soient assorties d'autres sanctions au sens de l'article 2 *sexies* § 2. Ces autres sanctions sont la réduction de la durée du marché ou des « pénalités financières » pour le pouvoir adjudicateur. Cette dernière étant donc une sorte de sanction administrative quasi-pénale, le simple octroi de dommages et intérêt « ne constitue pas une sanction appropriée ». De même, le marché ne peut être maintenu que pour des raisons impérieuses d'intérêt général, dont l'article 2 *quinquies*-3 précise que celui-ci ne saurait être économique, « sauf dans des circonstances exceptionnelles [où] l'absence d'effet aurait des conséquences disproportionnées ». De plus, le critère déterminant la portée de la sanction n'est pas le même que dans l'arrêt *Tropic* : le juge^{Note 48} doit prendre en compte « tous les facteurs pertinents, y compris la gravité de la violation, le comportement du pouvoir adjudicateur » et ce que l'on appellerait la divisibilité du contrat.

32. - Des évolutions s'imposent donc. Outre les questions de fond précisées plus haut, les pouvoirs du juge nécessiteront à notre sens une transposition textuelle de la directive. Cela revient à dire non seulement que les articles L. et R. 551-1 et s. doivent être modifiés, mais aussi que le recours mis en place par la jurisprudence *Tropic travaux signalisation* devrait être traduit dans les textes. Cela permettrait les ajustements qui ont été notés, mais aussi une modification du référé-suspension lorsqu'il est utilisé conjointement avec le recours en contestation de validité comme cela a été ouvert par l'arrêt^{Note 49}. Une fois de plus, le droit communautaire conduira au développement d'un droit administratif écrit au détriment d'un droit jurisprudentiel.

33. - La question qui se pose est double : d'une part, il faut adapter le droit français pour qu'il respecte les dispositions de la nouvelle directive. D'autre part, il faut se poser la question de la cohérence du droit national avec le droit communautaire, c'est-à-dire se demander dans quelle mesure il convient d'appliquer la directive même en dessous des seuils impliquant une procédure européenne. Dans la mesure du possible, la lisibilité du droit nécessite que celui-ci soit unique quel que soit le montant du marché. Reste, par exemple, que pour les plus petits marchés, le délai de suspension de la signature pourrait être moindre, la sagesse recommandant une durée fixe. Quoi qu'il en soit, les efforts déployés par la directive sont louables et correspondent, une fois n'est pas coutume, au sens que voulait se donner le contentieux administratif français.

Notes de bas de page

Note 1 *PE et Cons. UE, dir. 2007/66/CE, 11 déc. 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics : JOUE n° L 335, 20 déc. 2007, p. 31.*

Note 2 *Cons. CE, dir. 89/665/CEE, 21 déc. 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 fourniture et de travaux : JOCE n° L 395, 30 déc. 1989, p. 33.* Cette directive a déjà été modifiée plusieurs fois, notamment par la directive 92/50/CEE du conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (*JOCE n° L 209, 24 juill. 1992, p. 1*) pour y inclure les marchés de services.

Note 3 *Cons. CE, dir. 92/13/CEE, 25 févr. 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications : JOCE n° L 76, 23 mars 1992, p. 14, elle aussi modifiée, notamment pour la dernière fois en décembre 2006 par la directive 2006/97/CE.*

Note 4 *PE et Cons. UE, dir. 2004/17/CE, 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 : JOUE n° L 134, 30 avr. 2004 p. 1 et s. et 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 : JOUE n° L 134, 30 avr. 2007 p. 114 et s.*

Note 5 On notera, parmi les étapes importantes de cette réforme, un document de travail de la commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs du Parlement européen, document en date du 8 déc. 2006 dont le rapporteur est le français Jean-Claude Fruteau.

Note 6 *Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer », 2003/C 321/01 : JOUE n° C 321, 31 déc. 2003 p. 1.* Rappelons qu'il s'agit là du dernier état d'une volonté d'amélioration de la rédaction et du suivi des textes communautaires commencé en 1993 par la déclaration de Birmingham et la résolution du Conseil du

8 juin 1993 relative à la qualité rédactionnelle de la législation communautaire. En juillet 2001, le Livre blanc sur la gouvernance européenne soulignait que l'Union européenne « doit veiller constamment à améliorer la qualité, l'efficacité et la simplicité des actes réglementaires ». Cela aboutissait déjà en 1998 à l'Accord interinstitutionnel du 22 décembre 1998 sur les lignes directrices communes relatives à la qualité rédactionnelle de la législation communautaire.

Note 7 Par exemple, l'article 2 *quinquies* 1) c) qui renvoie à l'article 2 ter point c) al 2 qui renvoie aux articles 32 §4 2e al, second tiret ou art 33 § 5 ou 6 de la directive 2004/18 et qui doit être lue en fonction des exceptions du point 5 du même article 2 *quinquies* initial qui lui-même renvoie à trois hypothèses.

Note 8 Il s'agit du champ d'application organique des directives. Pour une définition des entités que cela recoupe, cf. par ex. *L. Richer, Droit des contrats administratifs : LGDJ 2006, coll. Manuel, 5e ed. n° 585 et s.* – *M. Karpenschif « Définition du pouvoir adjudicateur par la CJCE » : AJDA 2004 p. 526.*

Note 9 *Dir. 2007/66/CE, consid. 3.*

Note 10 On ira voir avec intérêt l'ouvrage de *P. Cassia, Pratique des référés précontractuels : LexisNexis Litec 2008, coll. Pratique professionnelle – contentieux, 266 p.*

Note 11 *L. n° 2000-597, 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives : JO 1er juill. 2000, p. 9948* et du *D. n° 2000-1115, 22 nov. 2000 pris pour son application le 22 novembre 2000 : JO 23 nov. 2000, p. 18611.*

Note 12 *CE ass., 16 juill. 2007, n° 291545, Sté Tropic travaux signalisations : JurisData n° 2007-072199 ; RFDA 2007, n° 4 concl. D. Casas ; n° 5 notes F. Moderne et D. Pouyaud ; RJEP 2007, n° 645, concl. D. Casas, note P. Delvolvé ; AJDA 2007 p. 1497, trib. S. Braconnier et p. 1964, P. Cassia ; Le nouveau recours contre le contrat : questions périphériques de procédure contentieuse : JCP G 2007, I, 193, chron. B. Plessix. – Ph. Cossalter, La modulation du caractère rétroactif des revirements de jurisprudence : Dr. adm. 2007, comm. 142.* Plus d'une trentaine de notes existent aujourd'hui, montrant l'intérêt doctrinal et pratique de cet arrêt.

Note 13 *CE, 6 oct. 2004, n° 263083, Société La Communication Hospitalière et Assistance publique des Hôpitaux de Paris, (consid. 4, « dans le cadre de ce contrôle de pleine juridiction ») : JurisData n° 2004-067364.*

Note 14 On notera aussi qu'en égard à l'indifférence du droit communautaire des marchés publics à la nature publique ou privée des cocontractants, certains contrats passés par les personnes privées sont soumis aux directives « marchés publics ». Cette différence de champ d'application entre le droit national et le droit communautaire a conduit le législateur à transposer les directives recours et le référé précontractuel dans le Code de procédure civile (ex « NCPC »), aux articles 1441-1 à 3 dont la dernière version est issue du décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005, article 48 1° (*JO 22 oct. 2005, p. 16752*).

Note 15 On retrouve cette exigence d'un recours de la Commission européenne aux articles 3 anciens et nouveaux de la directive 89/665/CEE notamment. La nouvelle version de l'article 3, dont les différences avec la version initiale sont essentiellement techniques pour mettre à jour les renvois, qualifie ce « déféré » de « mécanisme correcteur » (*sic*). Si nous rapprochons ce recours d'un déféré préfectoral, c'est que,

comme lui, il présume l'intérêt à agir de celui que l'on autorise à utiliser le recours. On retrouve ce même mécanisme pour les contrats soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par les personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics qui transpose aussi les directives communautaires, mais l'autorité qui peut exercer le recours est le ministère public (cf. *CPC, art. 1441-2 et Ord., art. 24*).

Note 16 Cette solution est constante dans la jurisprudence administrative, depuis *CE, sect., 3 nov. 1995, Sté Stentofon Communication : JurisData n° 1995-045622* et, du même jour, *Chambre de commerce et d'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées : JurisData n° 1995-048472 ; GACA n° 17 p. 331*.

Note 17 *CE, 29 nov. 1996, n° 162548, Sté Sablières et gravières guyanaises*, bien entendu, cela ne concerne que les actes des collectivités territoriales.

Note 18 *CJCE, 28 oct. 1999, aff. C-81/98, Alcatel Austria AG et a. : Rec. CJCE 1999, I, p. 7671*, il s'agit d'un renvoi préjudiciel qui, dans son point 40, estimait que l'absence de délai obligatoire de suspension de la signature ne devait pas avoir pour conséquence que les marchés échappent « systématiquement » aux référés précontractuels. Si le Code des marchés publics de 2001 n'en avait pas tiré de conclusions, celui de 2004 l'a intégré dans son article 76.

Note 19 L'article 13 de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du Code des marchés publics (*JO 4 août 2006, p. 11665*) précise que le délai de 10 jours n'est pas strict pour les marchés passés par une procédure adaptée. Il faut alors s'en tenir à la jurisprudence *Alcatel*.

Note 20 Pour les conditions de ce délai, la décision d'attribution doit être communiquée à chaque soumissionnaire et candidat concerné avec un exposé des motifs et une mention de la durée exacte du délai de suspension (*art. 2 bis-2 al. 4, 5 et 6*) ou faire l'objet de la publication d'un avis « ex ante volontaire » dans les conditions de l'article 3 bis, comme précisé à l'article 2 *quinquies-4*).

Note 21 Les termes de « candidats » et « soumissionnaires » sont précisés dans la directive « de fond » 2004/17/CE, article 1er-8, 3e al. « L'opérateur économique qui a présenté une offre est désigné par le mot "soumissionnaire". Celui qui a sollicité une invitation à participer à une procédure restreinte ou négociée ou à un dialogue compétitif est désigné ou sous le terme "candidat". » Tous les soumissionnaires ou candidats ne sont pas informés et, par conséquent, ne font pas partir le délai de 10 jours (cf. *Dir. 89/665/CEE, art 2 bis-2, 3e et 4e al. modifiée par la dir. 2007/66/CE*) : seuls ceux qui restent en fin de procédure le sont. L'article 80 du Code des marchés publics, pour sa part, prévoit que ce délai part de « la date à laquelle la décision de rejet est notifiée aux candidats », ce qui, à notre sens, n'est pas aussi restrictif.

Note 22 *CJA, art.L. 551-1, 3e al. et art. L. 551-2, 3e al.*

Note 23 *CE, 7 mars 2005, n° 270778, Sté Grandjouan-Saco : JurisData n° 2005-068203 ; Rec. CE 2005, p. 96 ; AJDA 2005 p. 1298, note S. Hul ; D. 2005, n° 2732, note J. Martin ; JCP A 2005 p. 1022, note F. Linditch ; RJEP 2005 p. 386, note R. Vandermeeren ; RFDA 2005 p. 1094 note M.-C. Vincent-Legoux*. Pour une application récente de cet arrêt dans le cadre d'un groupement : *CE, 13 juill. 2007, n° 299417, Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication de Paris (SIPPEREC) : JurisData n° 2007-072190*.

Note 24 *CE*, 17 oct. 2007, n° 300419, *Sté Physical Networks Software* : *JurisData* n° 2007-072582.

Note 25 *CE*, 8 févr. 1999, n° 188100, *Sté Campenon Bernard* : *JurisData* n° 1999-050044 ; *BJCP* 1999, p. 361 *Concl. C. Bergeal*.

Note 26 *P. Cassia*, *Le nouveau recours contre le contrat : questions périphériques de procédure contentieuse* : *AJDA* 2007 p. 1964, *spéc. p. 1967*.

Note 27 L'idée de garantir l'effet utile de la directive « recours », qui elle-même garantit l'effet utile des directives de fond, est fondée d'une référence expresse au point 42 de l'arrêt *CJCE*, 3 mars 2005, *aff. C-21/03 et C 34/03, Fabricom SA c/ État Belge* : *Rec. CJCE* 2005, I, p. 1559.

Note 28 Elle devient l'une de ces obligations puisqu'aux termes de l'article 2 *quinquies*-1-b), elle peut fonder « l'absence d'effet », c'est-à-dire l'annulation ou toutes les autres mesures possibles.

Note 29 Et au même nouvel article de la directive 92/13/CEE.

Note 30 Pourtant classique en droit des marchés publics puisqu'on le retrouve dans le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux.

Note 31 Il n'est pas bien certain que la différence entre les référés de droit public et ceux de droit privé aient été volontaire. Par ailleurs, on notera que la complexité des marchés publics conduit certains contrats à n'être soumis à aucun de ces articles tout en étant des marchés au sens communautaire. Les directives « recours » leur sont donc directement applicables. Il en est ainsi des contrats des organismes locaux de sécurité sociale qui sont des contrats de droit privé, mais soumis au Code des marchés publics par l'effet de l'article L. 124-4 du code de la sécurité sociale ne sont soumis ni aux référés du CJA, ni à ceux de l'article L. 1441-1 CPC.

Note 32 *CE*, 19 sept. 2007, n° 296192, *Communauté d'agglomération de Saint-Étienne métropole* : *JurisData* n° 2007-072417. Dans cette affaire, il y avait un soumissionnaire unique qui, partant, remportait de fait le marché.

Note 33 « Les États membres peuvent prévoir » précise le premier alinéa de l'article 2 *ter*.

Note 34 Il n'est pas nécessaire ici de rappeler les réflexions doctrinales autour des arrêts *CE, ass.*, 10 juill. 1996, n° 138536, *Cayzele* : *JurisData* n° 1996-050694 ; *AJDA* 1996 p. 732, *chron. T. Chauvaux et X. Girardot* ; *RFDA* 1997 p. 89 *note P. Delvolvé* ; *CJEG* 1996 p. 382 *note Ph. Terneyre* ou *CE, sect.*, 30 oct 1998, *Ville de Lisieux* : *Rec. CE* 1998, p. 375, *concl. J.-H. Stahl*, *RFDA* 1998, *concl. J.-H. Stahl*, *note D. Pouyaud*.

Note 35 *J. Rivero*, *Le Huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir* : *D.* 1962, *chron.*, p. 37.

Note 36 *Dir.* 2007/66/CE, *consid.* 8.

Note 37 *Dir.* 89/665/CEE, *art. 1er-3 [anc.]*.

Note 38 *CJCE*, 11 janv. 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03 : *Rec. CJCE* 2005, I, p. 1. Cet apport de l'arrêt fondateur sur les marchés « in-house » est habituellement peu mis en avant. L'arrêt précise que cet article « doit être interprété en ce sens que l'obligation des États membres d'assurer la possibilité de moyens de recours efficaces et rapides contre les décisions des pouvoirs adjudicateurs s'étend également aux décisions prises en dehors des procédures formelles de passation de marché et en amont d'une mise en concurrence formelle »

Note 39 *Dir. 89/665/CEE dans sa nouvelle version*, art. 1er-3.

Note 40 En ce sens, *F. Lénica et J. Boucher*, *chron. AJDA* 2007, p. 1579.

Note 41 Suit : « notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi », cette dernière phrase ayant notamment pour objet de défendre les secrets industriels ou « des affaires ».

Note 42 Il faut comprendre dans cette expression un délai décompté sans exclure les jours fériés ou les fins de semaines (*cf.* pour le calcul en jour calendaire en droit du travail *Cass. soc.*, 29 juin 2005, n° 02-45.701, *Sté Drieux* : *JurisData* n° 2005-029200).

Note 43 C'est-à-dire après le choix du cocontractant, tel qu'ils sont prévus dans la directive 2004/18/CE, art. 35 § 4, 36 et 37.

Note 44 *D. n° 2007-18*, 5 janv. 2007 *pris pour l'application de l'ord. n° 2005-1527 du 8 déc. 2005 relative au permis de construire et aux autorisations d'urbanisme* : *JO* 6 janv. 2007, p. 225.

Note 45 *E. Laferrière*, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* : t. II, *Berger-Levrault* 1896, t. II, 2° éd.

Note 46 En ce sens, le « constat d'absence d'effet », très proche du terme de « déclaration de nullité » est un véritable « faux ami » communautaire.

Note 47 L'article L. 551-2 CJA permet seulement d'obliger les cocontractants de se conformer à ses obligations dans un délai déterminé et éventuellement sous astreinte.

Note 48 La directive utilise le terme « d'instance de recours » afin d'ouvrir la possibilité d'une autorité administrative indépendante des marchés publics. Cette solution, peu ou pas évoquée dans la doctrine française par respect pour la compétence administrative en la matière depuis la loi du 28 pluviôse An 8, serait pourtant une bonne mesure avec ce que cette instance apporterait en matière de pouvoirs d'enquête et d'expertise. Rappelons que la compétence administrative pourrait de plus être maintenue en appel ou en cassation de ses décisions juridictionnelles.

Note 49 Sur ce point, *cf. P. Cassia*, *Question sur le référé-suspension accessoire au nouveau recours contre le contrat* : *JCP A* 2007, act. 1036.