

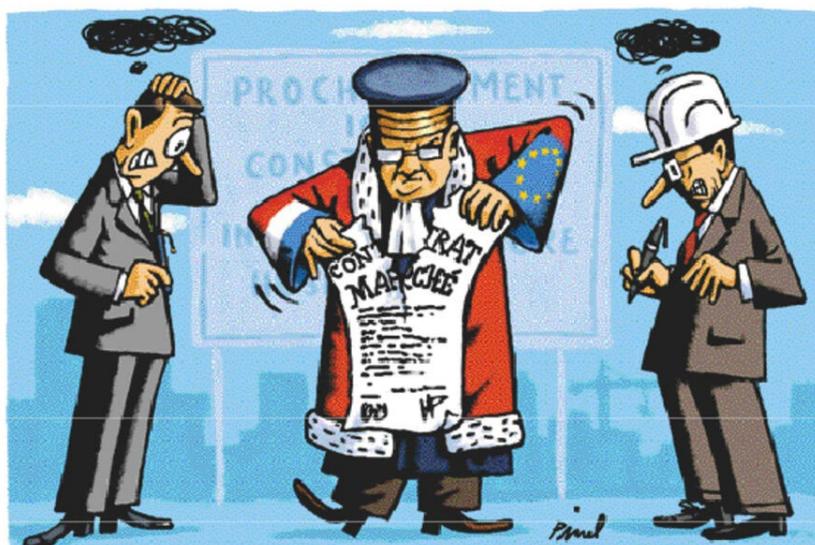
Contrats publics Nouveau recours pour les candidats évincés

Coup sur coup, le Conseil d'Etat français et la Cour de justice européenne de Luxembourg viennent d'ouvrir aux concurrents évincés un nouveau type de recours contre les contrats publics. C'est une jurisprudence plus que centenaire qui est ainsi remise en cause.

Réservé aux abonnés

Cyrille Emery

02 août 2007



©
DESSIN - dessin pinel.eps

Depuis toujours, les contrats sont gouvernés par un même principe : ils ne nuisent pas aux tiers ni ne leur profitent ; c'est le principe de l'effet relatif des contrats. En conséquence, les tiers ne pouvaient demander à un juge l'annulation (ou résolution) d'un contrat déjà signé et auquel ils n'étaient pas partie. Du moins jusqu'à ces derniers jours.

Une panoplie de recours insuffisante. Il convient tout d'abord de rappeler que, dans les marchés publics, plusieurs types de recours coexistent. Tout d'abord, un candidat peut engager un référé précontractuel. Mais cette procédure ne peut aboutir que si, entre-temps, le marché n'a pas été signé. Certes, le juge peut suspendre la signature du contrat pendant vingt jours ; mais si le délai expire avant que le juge ait statué, l'administration recouvre son pouvoir de signer et, dans ce cas, c'est le juge qui se trouve dans l'obligation de prononcer un « non-lieu à statuer ».

Le tiers évincé peut également former un recours pour excès de pouvoir contre la décision de signer le marché. Il est en effet jugé depuis très longtemps que cette décision constitue un « acte détachable ». Acte unilatéral, la décision de signer peut être attaquée si la procédure a été

irrégulière. Mais si le requérant obtient satisfaction, seule la procédure de passation sera annulée, pas le marché. Une telle solution n'était guère satisfaisante.

Il restait encore au concurrent écarté la faculté de solliciter une indemnité pour compenser son préjudice du fait de cette éviction irrégulière. Mais, outre que de telles indemnités sont difficiles à calculer, un tel recours ne permettait pas non plus au requérant d'obtenir l'annulation du contrat irrégulièrement signé.

C'est cela que le Conseil d'Etat vient de remettre en cause dans sa décision « Sté Tropic travaux signalisation » du 16 juillet. Il crée de toutes pièces un nouveau recours. Pour toutes les procédures de passation engagées à partir du 16 juillet 2007, les tiers évincés pourront contester le contrat devant le juge et ce, dans les deux mois suivant la publicité de sa conclusion. Cela signifie que le tiers évincé peut désormais saisir le juge après la signature du marché ; et que le juge peut non seulement accorder une indemnisation, mais aussi prononcer l'annulation de tout ou partie du contrat attribué au concurrent.

Consécration d'un nouveau type de recours. Un tel recours crée un véritable bouleversement pour les juristes et les praticiens.

Interrogé par « Le Moniteur », le directeur central des grands travaux de la Ville de Nice, Claude Poméro, estime que « l'on va vers une insécurité juridique importante pour les contrats, renforcée par le fait que le délai de recours de deux mois ne court qu'à compter de la publicité de la conclusion du contrat. Or, beaucoup de marchés ne font pas l'objet d'une telle publicité... A l'avenir, si l'on voit qu'un marché risque de poser problème, on va ralentir un peu le début des opérations, ou se contenter des installations de chantier, jusqu'à l'apurement du délai de recours ». Pour Didier Casas, commissaire du gouvernement dans l'affaire, l'introduction de ce nouveau recours offre au contraire davantage de sécurité. Pour lui, le concurrent injustement évincé va bénéficier d'une meilleure protection, mais la décision limite en même temps la période contentieuse à deux mois. Il ajoute que le champ d'application est aussi plus large que celui du référé précontractuel, et que ce nouveau recours pourrait concerner tous les contrats soumis à une procédure de passation formalisée (conventions d'occupation domaniale par exemple).

Deux jours après, la Cour de justice des Communautés européennes a rendu un arrêt allant dans le même sens. Elle a ainsi jugé, le 18 juillet, qu'un pouvoir adjudicateur ne peut maintenir les effets d'un contrat dont l'existence caractérise un manquement au traité CE. La formule est alambiquée, car la Cour est limitée par la compétence que lui confèrent les traités, et elle ne peut s'immiscer dans le droit purement contractuel. Mais elle consacre ainsi implicitement le recours de tiers lésés contre un marché public.

Au total, les deux décisions se complètent parfaitement. C'est la preuve qu'au-delà des frontières, le dialogue des juges existe. Et ces deux arrêts, rendus à deux jours d'intervalle, n'ont pas fini d'alimenter la chronique.

QUESTIONS À...Alexandre Labetoule (à gauche) et Olivier Caron, avocats au barreau de Paris, CLL Avocats

« Renforcer la publicité de la décision de signer »

Les décisions française et communautaire se recouvrent-elles parfaitement ?

Le Conseil d'Etat, à l'initiative de son commissaire du gouvernement, incite les juges du fond à user de leur pouvoir modérateur (poursuite de l'exécution du contrat dans l'intérêt général, modification de certaines clauses...). Dans la décision française, l'annulation du contrat est conçue comme la solution ultime, alors que le juge communautaire considère qu'en l'absence de publicité, il faut mettre obligatoirement fin au contrat. L'arrêt du juge communautaire, moins clair, pourrait engendrer une frilosité des juges du fond dans l'exercice de ce pouvoir modérateur.

Le glas du référé précontractuel a-t-il sonné ?

Non ! Une entreprise évincée aura toujours intérêt à exercer un référé précontractuel, seule chance d'obtenir l'annulation d'une procédure rapidement. Dans le cadre du nouveau recours, même si l'on assortit la procédure au fond d'un référé suspension, les délais seront plus longs.

Le nouveau recours prend tout son sens lorsque le tiers souhaite invoquer un moyen non lié aux obligations de publicité ou de mise en concurrence. Ou lorsque le marché a été passé de façon occulte.

Les collectivités vont-elles changer leurs pratiques ?

Elles appliqueront sans doute une règle de prudence, au cas par cas. Pour les plus grosses opérations, peut-être attendront-elles l'expiration du délai de recours de deux mois avant de lancer l'exécution.

Surtout, il faudra renforcer la publicité de la décision de signer les marchés – qui, seule, fait courir le délai. Pour les procédures formalisées, nous conseillons d'ajouter dans l'avis d'attribution que les contrats sont consultables dans les locaux de la collectivité, et que cet avis vaut publicité de la décision de signer. Pour les très petits marchés, on pourra recourir à un affichage en mairie, complété le cas échéant par une information sur le site Internet de la collectivité. Ainsi l'on assure une information complète des concurrents évincés, mais également des autres tiers (usagers, contribuables locaux...) qui, sinon, conserveraient la possibilité d'atteindre le contrat via la théorie des « actes détachables ».

Propos recueillis par Sophie Deluz

Les décisions qui changent la donne :

- « Tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires (...). »

Conseil d'Etat, « Sté Tropic Travaux Signalisation », 16 juillet 2007.

- « (...) S'il est vrai que [l'article 2 de la directive 89/665] autorise les États membres à maintenir les effets de contrats conclus en violation des directives en matière de passation des marchés publics (...), il ne saurait, sans réduire la portée des dispositions du traité CE établissant le marché intérieur, avoir pour conséquence que le comportement du pouvoir adjudicateur à l'égard des tiers doive être considéré comme conforme au droit communautaire postérieurement à la conclusion de tels contrats. »

CJCE, « Commission c. Allemagne », 18 juillet 2007.