

# Quels sont les moyens invocables devant le juge du référé précontractuel et contractuel ?

- Au fil du temps, la jurisprudence a précisé quels sont les moyens invocables dans le cadre d'un référé précontractuel, et surtout ceux qui ne le sont pas. L'un des arrêts phares dans ce domaine est l'arrêt Smirgeomes qui a limité l'efficacité des moyens invoqués.
- Cependant, les restrictions semblent encore plus nettes s'agissant du référé contractuel.

## Auteurs

Guillaume Gauch, avocat associé, et Olivier Metzger, avocat, SCP Seban & Associés

## Mots clés

Délégation de service public • Lésion • Moyens invocables • Référé contractuel • Référé précontractuel •

Depuis son introduction en droit français<sup>(1)</sup>, le référé précontractuel a constitué la voie de droit la plus efficace pour un candidat évincé souhaitant contester son éviction et faire annuler une procédure de passation d'un contrat public<sup>(2)</sup>. Pourtant, depuis 2008 et l'arrêt Smirgeomes<sup>(3)</sup>, le juge administratif a progressivement limité le caractère efficient de ce recours, sans doute notamment pour contrebalancer les « excès jurisprudentiels » qui entraînaient une grande insécurité juridique lors de la passation des contrats publics. Aussi, la question des moyens invocables en référé précontractuel se révèle toujours d'actualité, et ce d'autant plus que l'introduction du référé contractuel depuis près de trois ans<sup>(4)</sup> ne semble pas permettre d'offrir une réelle alternative aux requérants.

## I. Moyens invocables au stade précontractuel : publicité et mise en concurrence

Les termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative sont clairs et ne laissent place, *a priori*, à aucune interprétation possible : les moyens invocables devant le juge du référé précontractuel ne peuvent porter que sur des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Cet article indique en effet précisément que :

« Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public. »<sup>(5)</sup>

(1) Loi n° 92-10 du 4 janvier 1992.

(2) Pour autant qu'il soit soumis à des règles de publicité et de mise en concurrence.

(3) CE 3 octobre 2008, Smirgeomes, req. n° 305420 : CP-ACCP, n° 83, décembre 2008, p. 41, note C. Cantié et G. Delaloy.

(4) Ord. n° 2009-515 du 7 mai 2009.

(5) L'article L. 555-1 du CJA reprend cette même rédaction pour les entités adjudicatrices.

Si nous ne revenons pas ici sur le champ d'application de la procédure de référé, cet article donne néanmoins des indications fortes concernant les moyens invocables. Les décisions rendues par les différentes juridictions administratives permettent de matérialiser avec une relative précision la limite entre ce qui constitue effectivement un « manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence » et ce qui ne saurait constituer un moyen invocable devant le juge du référé précontractuel et, plus encore d'ailleurs, devant le juge du référé contractuel<sup>(6)</sup>. Il sera fait ici mention principalement des moyens que le juge du référé aura décidé d'écarter comme ne faisant pas partie de son office. Il en va ainsi, par exemple, d'un moyen tiré de l'incompétence de la collectivité publique concernée au regard de l'objet du contrat conclu<sup>(7)</sup>. De manière assez similaire, la Haute juridiction est venue préciser que ne constitue pas un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence le moyen tiré de la violation du principe de spécialité des établissements publics<sup>(8)</sup>. Dans cette affaire (rendue sous l'empire des anciennes dispositions du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel), le Conseil d'État a également considéré que, concernant la passation d'une délégation de service public, il n'appartenait pas au juge du référé d'examiner les moyens tirés d'irrégularités affectant le vote de l'assemblée délibérante sur le principe du recours à la délégation de service public ainsi que ceux tirés de l'incompétence de l'exécutif pour dresser la liste des entreprises admises à présenter une offre ou de l'incompétence de l'exécutif pour choisir, au terme de la négociation, le futur cocontractant. Concernant ces deux derniers manquements, la rédaction retenue par Catherine Bergeal dans ses conclusions laissait toutefois ouverte une marge d'appréciation au juge du référé dans la mesure où elle précisait que « la société requérante ne soutient pas qu'il en est résulté un défaut d'objectivité dans le choix du contractant »<sup>(9)</sup>.

De la même manière, ne sera pas considéré comme invocable le moyen tiré d'irrégularités découlant du défaut de consultation du comité technique paritaire ou de la commission consultative des services publics pour l'attribution d'une délégation de service public<sup>(10)</sup>. En revanche, le Conseil d'État a admis, dans la même décision, le moyen tiré de l'irrégularité de la composition de la commission des délégations de service public<sup>(11)</sup>.

Autres manquements non invocables devant le juge du référé, ceux tirés d'une violation du droit de la concurrence, qui ne seront opérants que sous réserve que se trouve en cause l'égalité de traitement des candidats et pour autant que ces manquements soient le fait de la personne publique qui passe le contrat<sup>(12)</sup>. Les moyens tirés de l'illégalité de certaines clauses du contrat ne sont pas davantage invocables<sup>(13)</sup>. Cela a été jugé par exemple s'agissant d'un moyen tiré de l'illégalité de la durée du

contrat<sup>(14)</sup>. Il apparaît donc que c'est une appréciation relativement restrictive de l'office du juge du référé précontractuel qui prévaut, et ce d'autant plus que la jurisprudence Smirgeomes précitée est venue encore limiter l'efficacité des moyens invoqués en référé précontractuel.

## II. Le virage Smirgeomes

Au-delà du caractère limité des moyens invocables dans la mesure où ils ne doivent concerner que les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, le virage opéré par la jurisprudence Smirgeomes a participé d'un mouvement de balancier arrière, rendant aujourd'hui la tâche des concurrents évincés bien plus délicate et permettant aux personnes publiques ayant à faire face aux référés en matière contractuelle de se trouver dans une position bien plus sécurisée qu'il y a six ans. En effet, par un arrêt du 3 octobre 2008<sup>(15)</sup>, la Haute juridiction administrative est venue bouleverser la pratique du référé précontractuel telle qu'elle avait cours depuis plusieurs années. C'est par un considérant assez sibyllin que cette modification a été opérée :

« Considérant qu'en vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements ; qu'il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente. »

À compter de cette décision, non seulement le requérant ne peut invoquer que des moyens tenant à des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, mais au surplus, il doit prouver que le manquement allégué l'a lésé ou est susceptible de l'avoir lésé. Au demeurant, la complication de la situation du requérant tient au fait qu'il va devoir démontrer le lien de causalité entre le manquement qu'il invoque et son éviction. À défaut, la requête n'en demeure pas moins recevable et le manquement invocable, mais il devient inopérant<sup>(16)</sup>.

Si l'on examine les décisions rendues depuis octobre 2008 – et sans bien sûr que cette étude puisse être exhaustive –, il doit être précisé que le requérant est tenu d'apporter au magistrat tous les éléments lui permettant de se prononcer sur la lésion invoquée et liée aux moyens soulevés<sup>(17)</sup>, étant précisé que la lésion doit simplement être potentielle<sup>(18)</sup>, c'est-à-dire suffisamment vraisemblable. Ainsi, il peut être précisé que les moyens qui ont pu être retenus concernant l'absence de mention de la soumission à l'accord AMP<sup>(19)</sup> ou encore l'erreur de l'indication d'un code CPV<sup>(20)</sup> ne sont plus aujourd'hui que des mauvais souvenirs pour les pouvoirs adjudicateurs, ce qui n'a d'ailleurs pu qu'être salué par la doctrine. En revanche, la question peut se poser d'un retour arrière du balancier qui peut être considéré comme par trop vigoureux. Aujourd'hui en tout cas, un candidat ayant été

(6) Cf. *infra*.

(7) CE 30 juin 1999, SA. Demathieu et Bard, req. n° 198993.

(8) CE 21 juin 2000, Synd. intercommunal de la côte d'Amour et de la presque île guérandaise, req. n° 209319.

(9) CE 21 juin 2000, Synd. intercommunal de la côte d'Amour et de la presque île guérandaise, préc. : RFDA 2000, p. 1031.

(10) CE 24 octobre 2008, Synd. intercommunal d'eau et d'assainissement de Mayotte (SIEAM) c/Sté Véolia eau, req. n° 300034.

(11) Décision précitée du 24 octobre 2008.

(12) CE 5 juin 2007, Sté Corsica Ferries, req. n° 305280 : CP-ACCP, n° 68, juillet-août 2007, p. 69, note P. le Bouedec – CE 2 juillet 1999, SA Bouygues, req. n° 206749 : Lebon, p. 266.

(13) CE 24 octobre 2001, Collectivité territoriale de Corse-Office des transports de la Corse, req. n° 236293.

(14) TA Paris, 22 mars 2010, Sté Idex Energie, req. n° 10-03599.

(15) CE 3 octobre 2008, Smirgeomes, préc.

(16) CE 4 février 2009, Cne de Toulon, req. n° 311344.

(17) CE 20 mai 2009, Ministre de la Défense, req. n° 316601.

(18) CE 11 avril 2012, Synd. Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres, req. n° 354652.

(19) CE 10 mars 2004, Cté d'aggl. de Limoges Métropole, req. n° 259680.

(20) Décision Smirgeomes préc.

en mesure de déposer une candidature ne semble pas pouvoir se plaindre d'un manquement tenant aux obligations de publicité<sup>(21)</sup>. Plus généralement, les manquements aux obligations de mise en concurrence, pour être opérants, doivent avoir été commis lors d'une phase de la consultation qui est susceptible de léser le concurrent<sup>(22)</sup>. De la même manière, la situation du candidat dont la candidature est insuffisante ou l'offre irrégulière devient particulièrement inconfortable devant le juge du référé précontractuel. En effet, le choix de l'offre d'un candidat irrégulièrement retenu n'est susceptible d'avoir lésé le candidat qui l'invoque que pour autant que sa propre candidature ne devait pas elle-même être écartée, ou que l'offre qu'il présentait ne pouvait pas être éliminée comme inappropriée, irrégulière ou inacceptable<sup>(23)</sup>. En revanche, la lésion peut n'être qu'indirecte, le manquement invoqué n'ayant d'influence directe que sur les offres des autres candidats<sup>(24)</sup>. Encore dernièrement, le mouvement de balancier a d'ailleurs été confirmé par le Conseil d'État qui a écarté le moyen tiré d'une mauvaise définition des besoins et qui était invoqué par un candidat qui avait pu déposer une offre régulière, examinée et classée par le pouvoir adjudicateur<sup>(25)</sup>.

En réalité, les moyens ayant aujourd'hui une chance de prospérer sont surtout ceux liés aux critères de sélection des candidatures ou des offres, et ce d'autant plus que l'écart constaté entre l'offre retenue et celle du candidat évincé sera tenu ou encore la communication d'informations erronées à l'ensemble des candidats lorsque l'un des candidats (à savoir en particulier l'exploitant sortant) avait en sa possession les informations exactes<sup>(26)</sup>. Mais plus encore que la situation du requérant en référé précontractuel, c'est l'effectivité du référé contractuelle qui est sujette aujourd'hui à interrogations.

### III. Le référé contractuel une arme de dissuasion pas très massive

Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, les candidats évincés se sont vus offrir une nouvelle voie de contestation d'une procédure de passation d'un contrat après la signature de celui-ci. Si les moyens invocables à l'appui de ce recours pouvaient, à première vue, être considérés comme étant les mêmes que ceux invocables à l'appui du référé précontractuel, la rédaction même des articles du code de justice administrative et les décisions rendues depuis, ont permis de nuancer ce principe. En effet, l'article L. 551-14 du code de justice administrative dispose que :

« Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local. »

(21) *Décision Ministre de la Défense préc.*

(22) *CE 21 mai 2010, Cne de Bordeaux, req. n° 334845.*

(23) *Décision Synd. Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres préc. et, très récemment, CE 20 février 2013, Cne de Monéteau, req. n° 364203 et TA Versailles 26 février 2013, Sté Détection Electronique Française, req. n° 1300566.*

(24) *CE 11 avril 2012, CCI Bastia et Haute-Corse, n° 355183 : CP-ACCP, n° 122, juin 2012, p. 80, note N. Lafay.*

(25) *CE 18 décembre 2012, Ugap, req. n° 363208.*

(26) *CE 12 mars 2012, Dynacité, Sté Dalkia France, req. nos 354355, 354356, 354357 et 354358 : CP-ACCP, n° 124, septembre 2012, p. 84, note H. Letellier.*

Le parallèle avec l'article L. 551-1 du même code paraissait ainsi assez évident. Pour autant, l'article L. 551-18 du même code, restreint largement l'efficacité des moyens invocables en référé contractuel. En effet, cet article dispose que le juge prononce la nullité du contrat :

« Lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsqu'a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite [...] lorsqu'ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique [ou encore] lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat. »

Cette disposition, qui concerne les pouvoirs du juge, devait-elle également être considérée comme énonçant de manière limitative les moyens susceptibles d'être invoqués à l'appui d'un référé contractuel ? Le tribunal administratif de Paris avait commencé à donner des éléments de réponse en 2010<sup>(27)</sup> et la confirmation du caractère limitatif de la liste donnée à l'article L. 551-18 du CJA a été confirmée par la Haute juridiction administrative dans son arrêt Grand port maritime du Havre<sup>(28)</sup>. En définitive, la recherche d'une éventuelle lésion n'interviendra que dans l'hypothèse d'un contrat :

« Signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9. »

Le Conseil d'État a ainsi restreint assez drastiquement les possibilités pour les candidats évincés d'obtenir l'annulation du contrat une fois signé<sup>(29)</sup>. Et cette solution est d'autant plus applicable concernant les contrats qui ne sont pas soumis aux dispositions de l'article 80 du code des marchés publics puisque, dans ce cas, l'annulation du contrat ne pourra, en principe, résulter que du constat de l'un des deux premiers manquements rappelés ci-dessus, ou de la méconnaissance de l'obligation de « suspension juridictionnelle » de la signature du contrat (lorsqu'un référé précontractuel a été introduit).

En définitive, si le chemin du prétoire du référé contractuel n'est pas fermé, son caractère particulièrement étroit fait qu'il ne présente pas l'efficacité attendue. Et si la doctrine a pu s'inquiéter de la survivance du recours Tropic<sup>(30)</sup> après l'introduction dans l'ordonnancement juridique national du référé contractuel, il ne fait aucun doute aujourd'hui que le recours Tropic conserve toute son actualité. Cela est d'autant plus exact depuis que le Conseil d'État a réaffirmé le caractère particulièrement large des moyens invocables<sup>(31)</sup>. ■

(27) *TA Lille, ord. 22 juin 2010, Sté Application Concept, req. n° 1003569.*

(28) *CE 19 janvier 2011, Grand port maritime du Havre, req. n° 343435 : CP-ACCP, n° 108, mars 2011, p. 76, note L. Renouard.*

(29) *Pour un exemple de décision assez récente du Conseil d'État : CE 29 juin 2012, Sté Chaumeil, req. n° 358353 : CP-ACCP, n° 126, novembre 2012, p. 64, note B. Koebel.*

(30) *CE ass., 16 juillet 2007, Sté Tropic Travaux Signalisation, req. n° 291545 : CP-ACCP, n° 70, octobre 2007, p. 40 et s.*

(31) *CE avis 11 avril 2012, Sté Gouelle, req. n° 355446*