

b) Quel référé choisir ?

En réalité, le choix ne sera pas véritablement difficile.

Tout d'abord certains référés ne sont ouverts qu'à certaines autorités tel que le Préfet par exemple.

Ensuite tout dépendra du délai de réaction du justiciable, si un délai de recours est imposé.

Par ailleurs de nombreux référés ont un caractère spécialisé et le choix de la procédure dépendra bien sûr de l'objet du référé.

Après cette première sélection, le choix restera plutôt limité, même si l'existence d'un référé « spécialisé » n'empêche pas le requérant d'utiliser un référé plus généraliste (par exemple le référé suspension à la place du référé pré-contractuel).

En réalité, la stratégie des choix se place plutôt au niveau de ce que l'on va demander au Juge des référés qu'il s'agisse de la suspension d'une décision ou seulement « de certains de ses effets », de la mesure nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale, des injonctions qui seront sollicitées du Juge pour l'exécution de sa décision de référé, dans ces deux derniers cas les possibilités étant extrêmement larges, comme commence à le montrer la jurisprudence.

Il ne faut surtout pas oublier également les possibilités qu'offre l'article L. 521-4 du CJA dans la stratégie de l'urgence.

De même l'urgence n'arrive pas toujours au moment où on l'attend. Elle n'est pas nécessairement contemporaine de la décision litigieuse et peut survenir d'un fait intervenu entre temps (voir par exemple en ce sens Conseil d'État 2 juillet 2003 société OUTREMER FINANCE LIMITED requête n° 254536 sur une décision d'immobilisation d'un aéronef devenue irrégulière après résiliation du contrat de location entre le propriétaire de l'appareil et l'exploitant, la compagnie AIR Lib).

Les « nouveaux territoires » ouverts par le titre II du Livre cinquième du Code de Justice Administrative sont encore à découvrir.

LE RÉFÉRÉ PRÉCONTRACTUEL : UNE PROCÉDURE NON URGENTE AU ROYAUME DE L'URGENCE

*(Ou de l'importance du parfum dans le contentieux
administratif de l'urgence)*

Par

Christian BAILLON-PASSE

Avocat au Barreau de Marseille, spécialiste en droit public

Inspiré par le droit communautaire (1) et connu à l'époque comme référé de l'article L. 22 (et L. 23) du CTACAA, le référé précontractuel est depuis (2) réglementé par les articles L. 551-1 (et L. 551-2 (3)) du Code de Justice Administrative. Il permet de saisir le président du tribunal administratif « en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics et des conventions de délégation de service public ».

Le référé précontractuel est en réalité une procédure en la forme des référés. Par ailleurs, il n'est pas une procédure d'urgence. Il suffit pour s'en convaincre de s'en rapporter à la structure du Code de justice Administrative dont le Livre cinquième distingue les titres suivants :

- Titre I- Le juge des référés.
- Titre II- Le juge des référés statuant en urgence.
- (...)
- Titre V- Dispositions diverses et particulières à certains contentieux :

Chapitre I- Le référé en matière de passation de contrats et marchés (c'est ici que nous trouvons l'article L 551 1 du CJA).

Que vient-il faire alors dans une journée consacrée aux procédures d'urgence ? Comme certaine boisson célèbre qui tout en n'en étant pas se pare des atours de l'alcool, il n'est pas une procédure d'urgence mais il en a le parfum capiteux et la vigueur un peu sauvage. Rien d'étonnant donc que l'on s'interroge sur ses vertus et peut être aussi sur ses limites. Evoquant ces dernières, si l'on en croit la doctrine récente, le référé précontractuel serait aujourd'hui passé de mode (4) en raison même

(1) Transcription de la directive n° 89-665 CEE.

(2) Loi du 30 juin 2000. On ajoute bien sûr la partie réglementaire du CJA : articles R-551-1 à R. 551-4.

(3) Cet article est consacré au référé précontractuel dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

(4) Voir F. Llorens et P. Soler-Couteaux « Le référé précontractuel, laissé pour compte de la réforme des procédures d'urgence », Contrats et marchés publics, p. 1. Les statistiques qui m'ont été communiquées par le tribunal administratif de Marseille – je remercie son Président Monsieur Darras et Monsieur Steck, Vice-Président – démontrent au contraire une utilisation accrue de cette procédure :

de l'existence des nouveaux référés : suspension, liberté. N'ayant pas pour la mode un goût irrépressible, je voudrais démontrer au contraire que non seulement le référé précontractuel est l'une des procédures les plus redoutables qui existent (I) et que si limites il y a, elles sont largement compensées par l'articulation de cette procédure avec d'autres procédures d'urgence (II).

I - UNE PROCÉDURE PARTICULIÈREMENT REDOUTABLE EN ELLE-MÊME

Certes non « urgente », cette procédure baigne dans un vrai parfum d'urgence. Elle n'en subit pas les inconvénients mais bénéficie de tous ses avantages. C'est là toute sa force.

1 - Par sa « simplicité »

a) L'absence de recours préalable

Ce référé n'a plus à être précédé d'un recours préalable. Dans le système ancien, ce n'était que si l'acheteur public ne répondait pas dans un délai de dix jours à la demande qui lui était faite sur la manière dont il avait respecté les obligations de publicité et de concurrence que le requérant pouvait saisir le juge. L'effet pervers de ce système est vite apparu puisque informé des velléités d'un éventuel requérant, l'acheteur public se dépêchait de signer le marché, ce qui faisait alors obstacle au contrôle du juge. On a appelé cet épisode « la course à la signature ». Le juge se refusant à connaître de la validité du contrat, il ne pouvait en effet que rendre une décision de non lieu à statuer. Désormais, le nouveau référé, dégagé de cette contrainte, est introduit sans autre forme qu'une requête soumise à l'obligation de timbre, (contrairement aux procédures urgentes).

b) Un recours largement ouvert aux justiciables

Un autre aspect de la simplicité est que le référé est d'une mise en œuvre d'autant plus aisée qu'il est largement ouvert. L'article L. 551 énonce 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, ainsi que le représentant de l'État (...) ».

En pratique cela vise toutes les entreprises qui seraient évincées tant au stade de la candidature que de l'offre. Et de manière générale, toute entreprise qui aurait vocation à obtenir le marché

(CE, 19 Mars 1997, *Ministre de l'Agriculture c/ société Bull*, req. 171140). La notion d'intérêt est très largement entendue par le juge des référés : il n'est donc pas utile pour l'entreprise de disserter sur l'intérêt qu'elle a d'introduire la procédure comme cela peut l'être pour d'autres référés. Elle peut aller à l'essentiel : démontrer en quoi sont violées *objectivement* les obligations de concurrence et de publicité. L'entreprise qui introduit un recours n'a donc pas à justifier que les manquements

en 2001, on dénombrait devant cette juridiction 15 référés, en 2002 : 24, en 2003 (à Octobre) : 14, les projections de fin d'année devant porter le nombre aux alentours de 25. Concernant la ventilations des décisions elle s'établit comme suit : du 1-09-02 au 30-08-03 on compte 13 rejets, 1 désistement, 4 référés accordés, 4 non-lieu ; du 1-09-03 au 31-10-03, on dénombre 1 rejet, 2 désistements, 1 référé accordé, 1 non-lieu. A noter la quasi absence de référés précontractuels introduites par le Préfet, ce qui reflète une statistique assez générale. Et s'explique par le fait que les préfets à ce stade ne sont pas encore destinataires des pièces et documents du marché.

aux obligations de concurrence et de publicité sont réalisés à son détriment. Il suffit de faire constater qu'ils existent.

Il faut souligner que sont cependant exclus du droit de former un tel recours un certain nombre de personnes : les associations, les contribuables (exclusion assez inexplicable au demeurant), mais aussi les conseillers municipaux, généraux, régionaux. La question s'est posée de savoir si un Ordre des Architectes pouvait introduire un tel référé : la réponse est négative (CE 16 Décembre 1996, *Conseil Régional de L'Ordre des Architectes de la Martinique* décision confirmée par CE 28 Décembre 2001 *Conseil Régional de l'Ordre des Architectes d'Auvergne*). Rappelons que le Préfet peut diligenter cette procédure.

Concernant l'article L551-2 du CJA, seule la personne qui a intérêt à conclure le contrat est susceptible d'être lésée par les manquements. A noter que l'État peut présenter une demande lorsque, si n'est pas en cause une convention passée par ses services, la Commission des Communautés européennes lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations a été commise.

c) L'indifférence de la notion d'urgence

Contrairement aux référés liberté et suspension, l'article L 551-1 du CJA ne fait aucune allusion à l'urgence qui n'a donc pas ici à être démontrée. Quand l'on sait la difficulté qu'il y a dans les autres référés précités à démontrer l'existence de la condition d'urgence, on comprend tout l'intérêt de notre procédure qui se révèle en outre aussi, sinon plus rapide, que certaines procédures dites urgentes.

2 - Par la rapidité du calendrier de procédure

Les dossiers de référé précontractuel sont jugés très rapidement.

Aucun délai n'est imposé a priori. L'intérêt est de toutes façons de présenter sa requête le plus rapidement possible. On doit toutefois signaler que s'agissant d'une procédure en la forme des référés, il existe à mon sens un délai de recours de droit commun qui est de deux mois. Si le litige concerne un marché de travaux publics, le recours peut être introduit sans conditions de délai (art. R. 421-1 CJA). Pour les conventions autres que les marchés de travaux publics, le délai est celui de deux mois (5). En pratique il suffit de contester « la procédure » au sens global du terme pour éviter de se poser ce genre de question.

En application de l'article R. 551 1 du CJA, le président ou le magistrat délégué à cet effet statue dans un délai de vingt jours sur les demandes, et même si le Conseil d'État a jugé que ce délai n'est pas impératif, on est en pratique très proche de celui-ci. Le juge des référés considère que ses pouvoirs prennent fin avec la signature du contrat. Par contrat il faut entendre signature de l'acte d'engagement. Si le marché est signé en cours d'instance le juge statue par un non lieu (CE 15 Avril 1996 *Sarl Scimone Gimbire Entreprise*). Cette position du juge s'explique - on l'a déjà dit - parce qu'il se refuse à examiner la validité de la signature du contrat (CE, 8 Février 1999, *Société Campenon Bernard*). Si le marché est signé avant l'introduction de la requête celle-ci serait irrecevable. En cours d'instance la signature du marché entraîne le non-lieu à statuer. Ces ordonnances n'ont pas à être précédées d'une audience préalable (CE, 30 juin 1999, *SA Groupe Partouche RD Immo*, 1999, p. 649.). On doit ici souligner une évolution jurisprudentielle : pour

(5) Voir infra p. 5.

mettre un terme aux pouvoirs du juge il suffisait d'avoir porté à sa connaissance la signature du marché et ce *avant l'audience* (CE, 21 juin 1996, Collinet). L'arrêt « Lacombe » (6) ferme définitivement la porte en précisant que même si le juge des référés précontractuels n'est pas avisé de la signature avant l'audience, le fait qu'il apparaît ensuite que le contrat a été signé avant l'introduction de la requête en référé suffit à justifier le non-lieu.

Cela peut encore aller plus vite si en vertu de l'article R. 551 1 du CJA le Président, dès qu'il est saisi, rend une ordonnance de « différé de signature ». Il enjoint alors à l'organisme public de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximale de vingt jours. En pratique le magistrat a donc tout intérêt à rendre son ordonnance dans les vingt jours s'il ne veut pas que l'acheteur retrouve sa liberté de signer le marché. Dans ce cas le juge ne pourrait alors que rendre une ordonnance de non lieu à statuer. On peut se poser quelques questions au sujet de cette première étape procédurale à l'intérieur du référé précontractuel. Cette ordonnance est rendue deux à trois jours après le dépôt de la requête sans débat contradictoire et sans audience. Le magistrat qui ne dispose en cet instant que du dossier du requérant va, me semble-t-il, ordonner le différé de signature dès lors que sont bien soulevés des moyens liés aux manquements aux obligations de publicité et de concurrence. Cela semble suffire et les décisions de différé sans être systématiques sont très fréquemment ordonnées. Le juge peut-il d'ailleurs ordonner le différé alors que le requérant n'aurait pas sollicité cette mesure dans sa requête ? La réponse est positive, la doctrine approuvant cette pratique (7). Il n'existe toutefois aucun texte qui reconnaît ce pouvoir au juge mais sans doute l'esprit du référé précontractuel justifie-t-il la question de savoir si un différé de signature est suivi en général d'une ordonnance de suspension du marché ou d'injonction de reprendre la procédure. Juridiquement, rien ne permet dans l'ordonnance de différé de connaître le sentiment du juge sur l'affaire. L'ordonnance ne contient pas en effet d'éléments de motivation de fait ou de droit précis et c'est en général la rédaction « standard » suivante que l'on trouve dans de telles décisions : « *Considérant que la société requérante demande au juge des référés précontractuel de suspendre la passation du marché portant sur (suit l'objet du marché) ; qu'il y a lieu dans les circonstances de l'espèce, par application des dispositions précitées et avant dire droit sur le bien fondé des conclusions susmentionnées d'enjoindre à (suit le nom de l'organe public) de différer la signature du marché jusqu'à la notification de la décision qui interviendra sur les conclusions de la présente requête* ».

On aura compris que le juge qui statue est un juge unique. Mais il peut renvoyer l'affaire devant une formation collégiale (CE, 19 Mars 1997, SA Entreprise générale de terrassement et de travaux publics, n° 163293.). De même, il n'y a pas dans ces affaires de Commissaire de Gouvernement (CE, 16 Octobre 2000, société Stéreau (8)).

Une autre garantie de rapidité est assurée par le fait que les mémoires introductifs, les mémoires en réponse, les avis d'audience et les ordonnances sont communiqués par télécopie aux parties par les soins du greffe. En revanche le greffe ne communique pas les documents et les pièces.

(6) CE, 28 Décembre 2001, Contrats et marchés publics, Mars 2002, p. 21.

(7) Droit des marchés publics, Le Moniteur, III-651-2.p. 6.

(8) Cité par Laurent Moscovici : « Le référé précontractuel administratif : une procédure efficace dont la jurisprudence tend à estomper les zones d'ombre », L'Echo des marchés publics, Octobre 2001, n° 44, p. 7.

Cette rapidité, alors qu'elle concerne des dossiers extrêmement techniques, aux enjeux colossaux fait partie du jeu. Il faut savoir réagir très vite sur des dossiers aux conséquences financières, stratégiques et politiques majeures. Arrêter une DSP, reprendre un marché, est une difficulté extrêmement contraignante pour les élus, les services juridiques et techniques d'une collectivité. Il y a aussi des conséquences sur le coût des études, des marchés à refaire, ce qui forcément malmène les budgets et les calendriers des opérations et des travaux. De ce point de vue le référé précontractuel demeure une arme tactique et stratégique vraiment redoutable.

Une audience publique est tenue. Elle est d'ailleurs nécessaire puisqu'en ce domaine il n'y pas d'appel mais seulement recours en cassation et que compte tenu des enjeux il faut assurer la transparence de la procédure (CE 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*). La rapidité explique et justifie que le juge n'a pas à communiquer obligatoirement le mémoire en défense au requérant. Un arrêt du Conseil d'État, certes rendu à propos du référé suspension mais qui peut être étendu au référé précontractuel, énonce que l'instruction est close à l'issue de l'audience. Le juge des référés peut donc tenir compte, sans avoir à réouvrir l'instruction, d'un mémoire produit le jour des débats (CE 21 Décembre 2001 *M. Akriche*). En pratique, c'est souvent la veille, voire le jour même de l'audience, que des mémoires sont communiqués. Des observations simplement orales peuvent aussi être données. S'organise alors une audience très riche, parfois longue, avec une écoute extrêmement fine du juge et un vrai dialogue qui s'instaure entre les parties et ce dernier. L'audience est d'autant plus importante que le juge n'a pas toujours pris connaissance du dossier. Pour certains juges des référés précontractuels, c'est volontairement qu'ils ne regardent pas les mémoires qui ont pu être échangés quelques jours avant l'audience car il est possible que d'autres écritures soient présentées au dernier moment. C'est pour être tout à fait ouverts à la discussion, n'être prisonniers d'aucun postulat, qu'ils attendent en quelque sorte de « découvrir » les arguments et les pièces. Il faut à cet égard prendre bien garde, quand on est organisme public ou pouvoir adjudicateur, au soin qu'il convient d'apporter à la production des documents devant le juge. Il y a une vraie obligation pour l'acheteur public de fournir la preuve de l'envoi à la publication des AAPC. Sinon il y a une présomption d'illégalité (CE 18 Décembre 2002 *Ville de Paris*, Contrats et Marchés Publics, n° 3, Mars 2003, p. 27.). Le référé précontractuel exige donc de la part des parties et du juge une réactivité totale dans un domaine pourtant excessivement technique faisant de plus en plus appel au droit communautaire, et demain au droit de l'OMC sans doute.

3 - Par le champ des contrats concernés

Quels sont les contrats justiciables du référé précontractuel ? Cette procédure concerne les marchés publics, de l'État, des collectivités territoriales et des établissements publics qu'ils aient pour objet des travaux publics des fournitures et des services. Ces marchés publics sont désormais définis par le NCMP et la loi MURCEF. Elle concerne aussi les délégations de service public (DSP) qui elles aussi sont définies par la loi MURCEF. Mais bien sûr- et heureusement, sinon où serait le plaisir du juriste ? (9)- le périmètre des marchés publics est toujours en

(9) Parmi les nombreuses illustrations voir par exemple l'avis du Conseil d'État rendu le 29 juillet 2002 Société MAJ Blanchisseries de Pantin, (ACCP, n° 15, octobre 2002, p. 42) dans lequel la Haute Assemblée a précisé que tous les marchés publics sont des contrats administratifs (notion de « marchés passés en application du CMP...). Sont concernés donc tous les marchés y compris les marchés sans formalités préalables et les achats sur factures.

mouvement. Et il en est de même pour celui des DSP. Le référé précontractuel est-il par exemple possible sur des sous traités d'exploitation de plages ? Ces traités ne constituent pas forcément des DSP. Faute d'obligation, ils peuvent n'être que de concessions domaniales qui, elles, ne rentrent alors pas dans le champ du référé (cf affaire *Lacombe* devant le Conseil d'État où le Commissaire du Gouvernement Bergeal demande que ce ne soit considéré que comme une concession domaniale.). De même, on ne peut pas mettre en œuvre un référé précontractuel contre un contrat administratif international (CE 30 décembre 2002, *Société Eiffage*, Contrats et marchés publics n° 3, Mars 2003, p. 32). Le terrain est en tout cas très vaste. Et souvent se pose, dès le stade de la recevabilité du référé, la question de la qualification juridique du contrat afin de s'assurer s'il rentre ou non dans le champ de la procédure. On doit à cet égard préciser que les METP rentrent dans le champ de l'article L-551-1. Objectera-t-on qu'ils ont été supprimés par le NCMP ? Certes, mais la réforme du code des marchés publics va les réintroduire !

4 - Par ses conséquences drastiques

On doit souligner le quadruple pouvoir du juge : injonction, suspension, annulation, suppression.

- Injonction par exemple de procéder à un nouvel appel d'offres.
- Suspension de la passation du marché ou du contrat (Suspension et injonction peuvent se conjuguer).
- Annulation des décisions ou de l'ensemble liées à la passation du contrat.
- Suppression des clauses ou dispositions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent les obligations de concurrence et de publicité (ce pouvoir est lié à son pouvoir de plein contentieux).

Il convient ici de préciser que contrairement à un référé suspension ou il faut 1- solliciter la suspension d'un acte précis 2- introduire préalablement un recours en annulation, le référé précontractuel 1- n'exige pas de saisine au fond préalable et 2- permet de suspendre non un acte mais toute une procédure c'est-à-dire de fait toute une série d'actes ! Ceci n'équivaut toutefois pas à l'annulation du contrat lui-même (TA Orléans, 20 mai 1994 *Sté Tiru Ingénierie sa c/ District de Chartres*, Rec.p. 698. Rendue sous l'empire de l'article L.22 la solution est toujours valable.)

Assorties de l'exécution provisoire de droit, les décisions rendues sont donc d'une totale efficacité, la seule voie de recours étant celle de la cassation.

Assurément aucun juge des référés ne me paraît avoir la même puissance « de feu » que le juge des référés précontractuels. On peut se demander d'ailleurs puisqu'il ne relève pas des procédures d'urgence stricto sensu si on ne pourrait pas combiner des demandes assorties d'une demande d'astreinte. Dans le cadre des autres référés, qui sont des procédures d'urgence, les ordonnances constituent des mesures provisoires, ce qui semble exclure des dispositifs d'astreinte. Mais telle n'est pas la nature des décisions de référé précontractuel.

Il faut signaler d'ailleurs l'exception prévue par l'article L 551-2 qui permet au préfet de demander cette astreinte. Mais il est vrai que la particularité de ce dispositif est d'investir ici le juge de pouvoirs plus limités (déterminer les délais dans lesquels l'acheteur doit se conformer aux obligations).

La question demeure donc.

L'efficacité du référé est enfin assurée par son exécution. Non seulement le pourvoi en cassation contre l'ordonnance n'est pas suspensif mais la passation d'un contrat en méconnaissance de l'ordonnance implique l'annulation de la décision de

signer le marché et l'obligation pour l'organisme de droit public de mettre fin à la convention en saisissant le juge du contrat (TA Versailles, 23 Octobre 1997 *Société Plastique Omnium*). Soulignons que cette efficacité de la décision confronte les organismes acheteurs ou demandeurs de prestations contractuelles à des difficultés souvent inextricables : quid de la gestion de la situation pendant laquelle le marché est suspendu et la procédure reprise. Comment satisfaire le besoin ? Par exemple dans le cadre des marchés publics, peut-on au motif tiré de l'urgence passer des marchés négociés ou des achats via des bons de commandes ? La réponse va de soi...

II - DES LIMITES CERTES, MAIS AISÉMENT COMPENSÉES PAR LE RECOURS ARTICULÉ À D'AUTRES PROCÉDURES

Les limites inhérentes au référé précontractuel sont-elles rédhitoires ou au contraire aisément contournables ? Telle est la question (10).

1 - Les limites ?

a) Les obligations de publicité et de concurrence

Le juge des référés précontractuels refuse d'étendre son pouvoir au contrôle de la légalité des actes mêmes. Par exemple, il n'examine pas le moyen tiré de l'illégalité de la signature du marché, tiré de l'incompétence de son auteur. Car cela reviendrait pour lui à examiner la validité du marché ce à quoi il se refuse classiquement (CE 8 Février 1999, *Campeon Bernard*). Peut-on articuler devant le juge des référés les dispositions de l'ordonnance de 1986 ? La réponse est positive. Toutes sont-elles invocables à ce stade ? La méconnaissance du délai de réception des offres dans un AAO (CE 14 Mars 2003, *Société Dagrados obras proyectus*, Contrats et Marchés Publics, n° 6, Juin 2003, p. 28.) constitue une méconnaissance du principe de concurrence mais le juge ne peut pas contrôler les critères retenus par la commission d'ouverture des plis, ni la validité de la composition de la CAO (TA Paris, 20 Nov 1995, *Sté Europelec*). Cela ne relève pas d'un manquement éventuel à la concurrence.

Ces limites sont en réalité de fausses limites. Les moyens soulevés sont en général assez efficaces. On peut soulever devant le juge les dispositions des directives communautaires dont on sait toute la place qu'elles occupent dans le domaine des contrats publics (CE, Sect, 20 mai 1998, *Communauté de Communes de Piémont de Barr et SDEA du Bas Rhin*). Le juge va même très loin en ce domaine puisqu'il considère par exemple qu'un AAPC est illégal s'il se révèle incompatible avec les objectifs, clairs et précis d'une directive pourtant non transposée (CE, Ass, 6 Février 1998, *Tête et Association de l'Ouest Lyonnais*, Rec 30).

Le champ des atteintes à la publicité est, il faut le dire, en train de prendre une dimension très préoccupante pour les acheteurs publics. On connaît des recours qui articulent les moyens tirés de l'absence des mentions dites obligatoires dans les AAPC (exemple : la langue à utiliser dans le marché, le mode de financement, le mode de paiement). Pour appuyer ce moyen, on se fonde alors sur les directives communautaires dont les annexes précisent quelles sont pour chaque type de marché public ces mentions obligatoires. Que se passe-t-il devant le juge des référés

(10) Voir en ce sens D. Bailleul « Les référés « suspension » et « liberté » au secours du référé précontractuel ? », Contrats et marchés publics, Juillet- Août 2002, p. 4.

précontractuels ? Les personnes publiques soulignent que les erreurs ou oublis qui ont pu être faits, non seulement n'ont pas altéré la concurrence et l'accès aux procédures, mais qu'en toute hypothèse aucun préjudice ne peut être excipé de la part des requérants puisqu'il est évident que le marché est forcément financé par les fonds publics. Savoir par exemple si ce sont des subventions pour 1/3 ou 2/3 qui financent le marché n'a pas me semble-t-il vraiment d'importance. Les fonds existent et par ailleurs la personne publique ne peut faire l'objet d'une procédure collective. En ce domaine, on a parfois le sentiment que le formalisme l'emporte sur le réalisme : une mention qui a peut-être été omise, mais qui n'a pas objectivement de conséquence. Sans parler des hésitations du juge sur la question de savoir si les avis doivent comporter le montant du marché. La question est d'autant plus importante que les acheteurs publics ne comprennent pas toujours cette exigence qui peut être contraire aux principes même de concurrence. En affichant le montant du marché on incite non seulement les entreprises à se caler sur ce montant (quid de la réalité des prix ?) mais on peut encourager les ententes. Ainsi le Tribunal administratif de Melun considère que cette absence est une illégalité car le montant du marché est une « formalité substantielle » (Temaco c/ Communauté d'agglomérations du Haut Val de Marne (11)).

De l'autre, l'intérêt général, un calendrier d'opération qui coûte au contribuable et qui se voit bloqué pour un moyen de ce qui apparaît parfois comme de pure forme. Autre exemple de la tendance jurisprudentielle : un arrêt récent de la CJCE rendu à propos du problème de la publicité à donner au « scorage », c'est-à-dire à la pondération des critères de choix de l'offre. Alors que l'Avocat Général a conclu le contraire, la Cour décide qu'il faut publier les éléments de cette pondération (CJCE 12 Décembre 2002, *Universale Bau AG*, in Contrats et Marchés Publics, n° 3, Mars 2003, p26). Il y a toutefois, semble-t-il, une remise en cause assez nette de cette tendance, du moins si on se fie aux décisions publiées. Un arrêt du CE précise que la régularité d'un APPC n'est pas entaché d'illégalité en l'absence de certaines mentions rendues pourtant obligatoires par une directive communautaire (CE, 18 Décembre 2002, *Ville de Paris*, Contrats et Marchés Publics, n° 3, Mars 2003, p. 27). Il y a aussi la question de savoir si dans l'AAPC doit figurer le montant du marché. Plusieurs ordonnances répondent que oui. On ne s'étonnera pas que d'autres affirment le contraire.

On doit toutefois souligner la tendance de la jurisprudence actuelle qui semble un peu s'éloigner d'une attitude strictement formaliste. Selon le juge des référés précontractuels d'Orléans, un AAPC publié au JOCE qui ne contient pas de nombreux éléments prévus par les textes ne constitue pas un manquement aux obligations de publicité. (TA Orléans, 28 mars 2003, Atelier d'architecture Arevert Edeikim). On était dans une procédure de concours restreint pour la restructuration d'un lycée. L'avis ne mentionnait ni la liste des membres du jury, ni la nomenclature communautaire, ni la langue utilisée, ni les modalités de financement du marché. Il y a, me semble-t-il, un reflux de l'approche formaliste au profit d'une approche plus empirique, ce qui me paraît fortement souhaitable dans l'intérêt des acheteurs publics, c'est-à-dire *in fine* dans celui des deniers publics et des usagers. Ainsi peut-on signaler l'arrêt du Conseil d'État « Ville de Paris » où il est précisé que la régularité d'un AAPC n'est pas entaché d'illégalité du chef de l'absence de certaines mentions rendues obligatoires par une directive communautaire (CE, 18 déc 2002, Contrats et marchés publics, Mars 2003, p. 27).

(11) Certes rendu dans le cadre précis de la directive CEE Services.

c) L'efficacité relative du référé précontractuel

Elle tient on l'a vu à la possibilité de signer le marché avant que le juge ne statue. Toutefois, on signale qu'en vertu du jugement rendu par le tribunal administratif de Paris « Sodisfon » (1 Avril 2003) la personne publique doit respecter le délai minimum de dix jours entre l'information donnée aux entreprises de leur éviction et la signature du marché. En outre, tous les contrats publics, on l'a vu ne relèvent pas de cette procédure. L'arrêt Telaustria de la CJCE avait déjà posé la nécessité d'une information suffisamment tôt aux entreprises évincées pour leur permettre de faire valoir leur droit à contestation (27 février 2003).

2 - L'articulation avec d'autres procédures urgentes

Peut-on articuler le référé précontractuel avec d'autres procédures urgentes ? On peut se poser la question. Puisqu'il existe un référé spécifique aux marchés publics et aux DSP, c'est que peut-être on ne peut, en ces domaines, recourir à d'autres procédures dites urgentes. Mais d'une part, le texte de l'article L 551 CJA ne le précise pas. D'autre part, les autres dispositions relatives aux référés n'excluent nullement la possibilité de les mettre en œuvre dans ces domaines. La question n'est donc pas de savoir si on peut articuler le référé précontractuel avec d'autres, la jurisprudence en admet en effet le principe, mais de savoir avec lesquels, pourquoi et comment ?

a) Pourquoi recourir à d'autres procédures ?

L'intérêt de mettre en œuvre, en ce domaine, d'autres référés tient donc aux limites mêmes du référé précontractuel. D'abord, le référé précontractuel est un recours de pleine juridiction (CE, 29 Juillet 1998, Génicorp, RD Imm, 1999, p. 87). Par ailleurs, bien que l'efficacité de ce référé ait été accrue par le différé de signature que le juge semble mettre en œuvre assez systématiquement (Décret 30 juin 2000) et la suppression du recours préalable (Décret du 30 Novembre 2000), il n'en demeure pas moins que le marché une fois signé – et ça arrive encore assez fréquemment – fasse obstacle à l'intervention du juge précontractuel. De même, on l'a vu, on ne peut articuler que certains moyens devant ce juge et tirés des seules méconnaissances des obligations de publicité et de concurrence. Or, si dans certains dossiers la procédure du marché est parfaitement respectueuse de ces obligations, c'est ailleurs que se posent les problèmes : compétence de l'auteur de l'acte par exemple (en matière de passation d'une DSP sur des ports – quid ainsi de la compétence ? Commune ? Départements. Quid aussi de l'illégalité dans la composition d'une CAO ? La décision est-elle illégale pour atteinte à la concurrence ou pour un autre grief ?

b) Comment les articuler ?

Référé précontractuel et référé suspension.

Un obstacle théorique pourrait exister en vertu du principe de l'exception de recours parallèle. Or le référé suspension est bien *dans* la mouvance du REP puisque pour être recevable un référé suspension doit être précédé d'une requête en annulation ou en réformation. Mais le juge admet cette double saisine à condition toutefois qu'elle soit articulée dans deux requêtes distinctes (CE, Ville de Nice c

Sarl Loisirs et Innovations, req n° 243.686). Il s'agit en ce domaine de la transposition d'une solution par ailleurs dégagée par le Conseil d'État à propos de l'articulation entre le référé-suspension et le référé droit commun (CE, 21 juin 2002 Syndicat Sygma- CFDT, req. n° 2436686) et entre le référé-suspension et le référé liberté (CE, Sect, 28 février 2001, Philippart et Lesage). La solution est logique puisque ces référés obéissent à un fondement et un régime distincts (12). On peut donc les « pacser », pas les marier. Le juge est venu préciser que le référé-suspension n'est toutefois pas une alternative au référé précontractuel : L'arrêt Commune de Bandol (13) est venu poser que le premier n'est pas un substitut au second. Le référé-suspension comporte par ailleurs en lui-même des limites, il n'est donc pas toujours la bonne voie : ainsi la décision de passer un marché étant entièrement exécutée par l'apposition de la signature sur l'acte d'engagement une demande de suspension de cette décision est irrecevable (CE, 27 Novembre 2002, Région Centre, Contrats et marchés publics, Mars 2003, p. 31.). De même le moyen tiré de l'incompétence du délégant n'est pas opérant pour demander la suspension d'une décision de rejet de candidature (CE, 30 déc 2002, commune de Bandol précité).

Il serait d'ailleurs utile que les deux audiences de référé-suspension et précontractuel soient systématiquement tenues dans la suite l'une de l'autre ;

Référé précontractuel et un référé liberté.

La doctrine n'exclut nullement cette hypothèse (F Llorens et P Soler-Couteaux *Le référé précontractuel, laissé pour compte de la réforme des procédures d'urgence, Contrats et marchés Publics, Repères*). Sous réserve de la jurisprudence évoquée à propos du référé-suspension relative aux requêtes distinctes, aucun obstacle ne se pose donc de ce chef. La question intéressante consiste à savoir quel type d'atteinte à une liberté fondamentale devrait alors être ici démontré. Et donc connaître la nature de la liberté en cause : quelles sont les libertés fondamentales susceptibles d'être sanctionnées par le juge dans le domaine des contrats publics ? On pense à la liberté de concurrence, on pense à l'égalité de traitement des candidats.

Référé précontractuel et un référé mesures utiles.

La question se pose de manière très pratique lorsqu'une partie au procès veut obtenir certains documents. Souvent, on peut avoir besoin de documents dont dispose seul l'acheteur public pour étayer des requêtes. Mais cette voie théoriquement possible n'est pas très utile. En effet, le Conseil d'État nous dit que la condition d'urgence (nécessaire) n'est pas remplie lorsque la communication des pièces d'une dévolution d'un marché public à une entreprise qui s'estime lésée n'est

(12) Dans ses conclusions sur Ville de Nice, Madame PIVETEAU trouve une double justification de la coexistence de ces deux voies : 1- Les référés inscrits dans le Livre V du CJA ne présentent jamais comme exclusifs les uns des autres. Il n'existe pas dit-elle d'exception de recours parallèle entre les différentes formes de référés. 2- Le cloisonnement aboutirait à des impasses pratiques pour les requérants : le référé-suspension est la solution quand le référé précontractuel ne peut être mis en œuvre. L'affaire Société Apsys International le démontre. La commune de Poissy a décidé de mettre en valeur un site de 35 ha et a confié des études préalables à l'Agence foncière technique de la région parisienne (AFTRP). Pour la réalisation d'un futur complexe à vocation culturelle, l'AFTRP lance un appel international à candidatures. Le règlement prévoit que le jury examine les projets, procède au choix et au classement. L'équipe conduite par la société APSYS est en second rang. Les sociétés qui composent ce groupement saisissent le juge des référés aux fins de suspension de la délibération du jury. La société APSYS a fait le bon choix en utilisant ce référé car le référé précontractuel eut été irrecevable puisqu'en réalité le contrat dont il est demandé de suspendre la passation ne rentre pas dans le champ du précontractuel (par l'objet-cession de droits à construire- et par le fait que le signataire du contrat n'allait pas être la commune de Bobigny mais l'AFTRP, EPIC).

(13) CE 30 Déc 2002, Contrats et marchés publics, Mars 2003, p. 34.

pas nécessaire pour défendre ses droits devant la juridiction administrative (CE, 29 avril 2002, Société Baggerbedrif de Boer, req. n° 239466). C'est donc au juge de l'excès de pouvoir, dans le cadre de ses pouvoirs d'instruction d'ordonner les communications nécessaires. Evidemment, on aura compris que cette solution est assez peu compatible avec les exigences de rapidité et il appartient donc au requérant de démontrer immédiatement en quoi exactement les pièces qu'il souhaite sont nécessaires à sa défense. Le recours au référé-mesures utiles est à vrai dire peu... utile puisque le juge des référés précontractuels lui-même dispose avant dire-droit du pouvoir de prendre toutes mesures d'instruction de nature à l'éclairer (TA Nice, 1 Août 1993, Sarl Norit France).

Pour être complet n'oublions pas non plus les procédures plus spécifiques à la disposition du préfet (déféré-suspension marché). A noter que le fait d'avoir introduit un référé précontractuel ne fait obstacle ni au différé ni bien sûr aux recours en annulation ou en indemnisation, et l'autorité de la chose jugée en référé ne peut être opposée à l'occasion des recours postcontractuels (cf Conclusions Commissaire du Gouvernement Chantepy sur CE Sect, 3 Novembre 1995 Stentofon Communications (14)).

CONCLUSION

La réforme annoncée du code des marchés publics, demain des DSP, changera-t-elle la donne contentieuse ? On a pu constater que le contentieux en matière de marchés publics a augmenté en raison de l'utilisation des procédures d'urgence. L'avocat trouve plaisant de se mouvoir dans cet univers passionnant du référé précontractuel et celui des marchés publics et des DSP. On ne peut toutefois pas terminer sans dire que ce plaisir est sans doute moins partagé par les acheteurs publics. En effet, de gros efforts sont consentis par les élus, les CAO et les services juridiques et techniques des collectivités et des établissements publics y rattachés, pour construire dans le respect des règles leurs marchés et leurs DSP. Mais ils se heurtent à deux difficultés.

D'abord l'insécurité croissante qui tient à l'interprétation des textes mais pire encore à l'interprétation des formulaires qui leur sont par exemple donné par les organes officiels. Quand on adresse aux collectivités un formulaire avec dans des cases une mention « à remplir le cas échéant », comment l'acheteur peut-il s'attendre que le juge quelques temps plus tard interprète cette mention « le cas échéant » comme signifiant « à remplir obligatoirement » (voir par exemple TA Amiens, Ord 6 juin 2003, Société Quille). Et de voir alors son marché suspendu, voire annulé !

La seconde difficulté tient au fait que beaucoup d'entreprises utilisent le référé comme on joue au poker. On annonce et on attend de voir ce que la collectivité a dans son dossier. Eventuellement, on se désistara. Ce n'est pas toujours très sain. D'autant que le référé précontractuel est aussi une manière de tenter de voir, pour une entreprise évincée – alors même que la procédure a été parfaitement montée- ce qu'il y a dans le dossier de l'entreprise attributaire. On retrouve là des stratégies juridico-commerciales d'accès à l'information sur un concurrent face auxquelles on ne peut pas laisser du terrain.

Face à ces difficultés, il y a heureusement le magistrat des référés précontractuels qui paraît soucieux de deux choses : d'abord, tempérer les audaces parfois un peu inattendues du Conseil d'État en appréciant au cas par cas les données d'une affaire. En ce sens on doit souligner toute l'importance de l'audience ; ensuite, ne pas tomber dans les pièges tendus par certains requérants. Le Conseil d'État l'a

(14) Cité dans Droit des marchés publics, Le Moniteur, Tome 2, III-650-2 p. 6.

d'ailleurs bien souligné en rappelant qu'il n'appartient pas au juge des référés précontractuels d'apprécier les mérites respectifs de chacun des candidats (CE, 29 juillet 1998 Syndicat Mixte des transports en commun de l'agglomération clermontoise, req. 194412).

L'exigence de sécurité juridique étant l'une des pierres angulaires du droit de la commande publique puisque c'est elle aussi qui peut assurer la bonne utilisation des deniers publics, le juge des référés précontractuels est ainsi au cœur du dispositif non seulement pour résoudre tel ou tel litige mais pour donner toute son efficacité à la gestion optimale de cette commande.

Le juge des référés précontractuels, un juge administrateur ?

Exécuter la décision obtenue