

<http://www.moniteurjuris-contratspublics.fr/document/20-21151230>

Contrats publics

REVUE - n°132 - (DOSSIER)

mai 2013

Référés précontractuels civils et administratifs : des recours similaires ?

Marie Lhéritier, Avocat Associé, Clot Lhéritier Avocats

Dans le cadre des contrats passés en application de l'ordonnance du 6 juin 2005, le juge civil des référés précontractuels peut être amené à statuer.

Ce type de recours est-il différent du référé précontractuel formé devant le juge administratif ?

L'analyse d'un arrêt du 23 octobre 2012 permet d'affirmer que ces deux recours comportent d'importantes similitudes.

L'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation rendu le 23 octobre 2012 marque l'alignement du contrôle opéré par le juge judiciaire dans le cadre du recours en référé précontractuel sur celui que le juge administratif exerce depuis la célèbre jurisprudence Smirgeomes [1]. Cet arrêt consacre ainsi une conception univoque de l'appréciation de la potentialité du préjudice subi par le candidat évincé, c'est-à-dire du caractère opérant du moyen tiré de la violation d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, invoqué dans le cadre d'un référé précontractuel dirigé contre une procédure de passation d'un contrat public ou privé de la commande publique. On rappellera pour mémoire que le succès d'un recours en référé précontractuel implique, quelle que soit la nature juridique du contrat concerné et, partant, l'ordre de juridiction concerné, la démonstration de la commission d'un manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence qui est susceptible d'avoir lésé ou qui risque de léser le candidat évincé requérant [2].

Avant le 3 octobre 2008, date de la décision Smirgeomes, le juge administratif avait adopté un contrôle objectif du risque de lésion des intérêts du candidat évincé et considérait ainsi que tout manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence était, par définition, susceptible ou risquait de léser le candidat évincé. À compter de la jurisprudence Smirgeomes, on sait que le juge administratif a abandonné ce contrôle objectif pour retenir un contrôle subjectif lui imposant de s'interroger au cas par cas sur la probabilité du préjudice subi par le candidat évincé du fait d'un manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence [3]. L'effet de cette évolution est, lui aussi, bien connu : d'une annulation quasi automatique des procédures de passation des contrats publics, la jurisprudence a évolué vers des annulations beaucoup plus parcimonieuses, la preuve de la potentialité du préjudice subi du fait du manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence étant très difficile à rapporter en pratique.

La question de savoir si le juge judiciaire du référé précontractuel allait s'inscrire dans la continuité de la jurisprudence Smirgeomes demeurait entière. En effet, les contentieux en référé précontractuel devant le juge judiciaire étant pour le moins rares, le juge civil n'avait pas encore eu l'occasion de se positionner sur cette question. C'est chose faite par cet arrêt du 23 octobre

2012 : le juge civil des référés précontractuels opte ainsi expressément pour une appréciation subjective de la probabilité du préjudice subi par le candidat évincé du fait d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence présidant à la passation des contrats privés de la commande publique.

Évincée d'un contrat de fourniture d'énergie et d'exploitation des installations de production, transport et distribution de chaleur du réseau de chauffage et d'eau chaude sanitaire pour un ensemble de logements à Amiens, la société Dalkia France a introduit un référé précontractuel contre la procédure de passation qu'elle estimait irrégulière à plusieurs titres. À l'appui de son recours, Dalkia France reprochait à la SIP d'avoir :

- négligé de renseigner la rubrique VI-4.1 de l'avis de publicité issu du règlement CE 1564/2005 mentionnant la juridiction compétente pour exercer un recours ;
- renseigné de façon erronée la rubrique VI-4.3 indiquant le « service auprès duquel des renseignements peuvent être obtenus concernant l'introduction des recours », laquelle mentionnait le greffe du TGI d'Amiens en lieu et place de celui de Lille ;
- omis de mentionner les motifs de rejet de son offre dans le courrier de rejet transmis ;
- appliqué des sous-critères constitutifs de nouveaux critères qui n'étaient pas mentionnés dans le règlement de la consultation.

Elle soutenait que ces irrégularités étaient susceptibles de l'avoir lésée. Par une ordonnance du 9 août 2011, le juge des référés près le TGI de Lille a rejeté les demandes de la société Dalkia France et cette ordonnance a été confirmée par la Cour de cassation, laquelle a, notamment, considéré que :

- les moyens tirés respectivement de l'omission de renseigner la rubrique VI-4.1 et du renseignement erroné de la rubrique VI-4.3 n'étaient pas susceptibles de léser la société Dalkia France dès lors que celle-ci avait « formé un recours régulier » ;
- la communication différée des motifs de rejet de l'offre de Dalkia France n'est pas susceptible de léser le candidat évincé dès lors que celui-ci a été rendu destinataire des motifs en temps utile ;
- les critères appliqués pour juger les offres étaient bien seulement ceux qui étaient précisés dans le règlement de la consultation.

Cet arrêt s'inscrit dans les dispositions des articles 2 et suivants de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 qui rationalise le référé précontractuel introduit devant le juge judiciaire contre les contrats privés de la commande publique (I) et marque l'adoption par le juge judiciaire de la conception subjective du contrôle de la passation des contrats privés de la commande publique (II).

I. Soumission des contrats privés de la commande publique au contrôle des règles de publicité et de mise en concurrence

Au cas d'espèce, le contrat que la SIP envisageait de conclure avec Cofely Services était un contrat de droit privé dès lors que les deux parties contractantes étaient des personnes morales de droit privé. La passation de ce contrat était par ailleurs soumise au respect des règles prévues par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et son décret d'application, en raison de la qualification juridique de la SIP, organisme privé d'habitation à loyer modéré, soumis en cette qualité aux règles de passation précitées par le code de la construction et de l'habitation [4] . On le sait, les contrats privés de la commande publique soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 et son décret d'application peuvent faire l'objet d'un recours en référé précontractuel devant le juge

civil en vue de sanctionner les manquements aux règles de passation prescrites par les textes précités. Tout comme le référé précontractuel devant le juge administratif, le président du TGI ne peut être saisi qu'avant la signature du contrat par les personnes ayant intérêt à conclure le contrat [5] , c'est-à-dire en substance, les candidats évincés. Celui-ci dispose par ailleurs d'un délai de 20 jours pour statuer [6] . On précisera simplement que, depuis l'intervention de l'ordonnance n° 515-2009 du 7 mai 2009, la signature du contrat est désormais suspendue automatiquement à compter de la saisine du juge des référés précontractuels et jusqu'à la notification de la décision au pouvoir adjudicateur, pour éviter la « course à la signature ».

Ce recours ouvert devant le juge judiciaire contre les procédures de passation des contrats privés de la commande publique présente donc strictement les mêmes caractéristiques que le référé précontractuel ouvert devant le juge administratif contre les contrats publics obéissant à des règles très similaires de passation. D'ailleurs, en raison du faible nombre de décisions rendues par le juge judiciaire dans le cadre de ce recours, les praticiens avaient pris l'habitude de transposer la jurisprudence du Conseil d'État aux contrats privés de la commande publique soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 et à son décret d'application, tant les règles du code des marchés publics et celles de l'ordonnance étaient, à quelques différences près, similaires. À l'avenir, Cette habitude pourra d'autant plus perdurer que le contrôle exercé sur la passation des contrats privés devrait être identique à celui exercé sur les contrats publics.

II. Uniformisation du contrôle de la passation des contrats privés et publics de la commande publique

Dans cette affaire, le juge civil a adopté un raisonnement identique à celui retenu par le juge administratif pour des manquements similaires, scellant une position commune aux deux ordres de juridiction sur la nature du contrôle exercé sur la passation des contrats de la commande publique.

A) Le candidat évincé ayant formé un recours régulier

Le candidat évincé ayant formé un recours régulier n'est pas susceptible d'être lésé par une omission ou une erreur commise dans les indications de la rubrique VI-4.3 de l'AAPC. Par une ordonnance du 23 juin 2010, le Conseil d'État avait déjà jugé que, dès lors que le candidat évincé avait pu introduire un référé précontractuel en temps utile, le moyen tiré du défaut de renseignement de la rubrique VI-4.3 relative aux coordonnées du service auprès duquel des renseignements sur les recours peuvent être obtenus était inopérant, dès lors que, nonobstant cette omission, le candidat évincé avait pu « utilement contester la procédure de passation du marché en saisissant notamment le juge du référé précontractuel » [7] .

Au cas d'espèce, la chambre commerciale de la Cour de cassation considère, aux termes d'un raisonnement quasi identique, que ni l'erreur affectant la rubrique en question relative au tribunal compétent pour connaître des recours éventuels, ni celle relative au service compétent n'ont porté préjudice à la société Dalkia France évincée. L'ordonnance du Président du TGI de Lille est ainsi confirmée. Cette appréciation in concreto qui, en droit des contrats, est originellement civiliste par nature [8] , a donc été transposée par le juge civil, dans le cadre du contrôle du respect des obligations de publicité et de mise en concurrence présidant à la passation des contrats privés de la commande publique. Le référé précontractuel civiliste devient donc, tout comme le référé précontractuel administratif, un recours subjectif.

Bien entendu, la solution aurait été différente si le candidat évincé avait effectivement été induit en erreur par la rubrique incorrectement renseignée et avait ainsi saisi le juge d'Amiens en lieu et place du juge de Lille. Dans une telle hypothèse, le juge saisi se serait déclaré territorialement incompétent et la société Dalkia France aurait été privée de facto de la possibilité d'introduire un référé précontractuel du fait de la signature du contrat, ce qui aurait peut-être pu lui ouvrir la voie du référé contractuel. En effet, les candidats évincés privés de la possibilité d'introduire un référé précontractuel par un manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité sont recevables à saisir le juge civil du référé contractuel^[9]. L'identité des raisonnements et de l'appréhension de la potentialité du préjudice subi par le candidat évincé requérant par les deux juges se retrouve également dans l'appréciation du caractère opérant du moyen tiré du caractère différé de la communication des motifs de rejet de l'offre du candidat évincé.

B) La communication différée des motifs de rejet

La communication différée des motifs de rejet n'est pas susceptible de léser le candidat évincé qui a pu en prendre connaissance en temps utile pour défendre ses intérêts. Par une décision du 24 juin 2011, le Conseil d'État avait jugé que l'article 80 du code des marchés publics n'interdisait pas « au pouvoir adjudicateur, après avoir communiqué les motifs justifiant le rejet d'une candidature ou d'une offre, de procéder ultérieurement à une nouvelle communication pour compléter ou préciser ces motifs, voire pour procéder à une substitution de motifs » ^[10].

Au cas d'espèce, la chambre commerciale de la Cour de cassation considère, dans le même esprit, que la communication, cinq jours après la notification de la décision de rejet, des motifs de celui-ci n'est pas susceptible de léser le candidat évincé concerné dès lors que la société Dalkia France « avait pu disposer des motifs du rejet en temps utile pour pouvoir les discuter devant » elle. En effet, Dalkia France n'avait subi aucun préjudice du fait de cette communication différée dès lors qu'elle avait pu prendre connaissance de ces motifs au moment de l'introduction du recours en référé précontractuel et avait ainsi pu les discuter devant le juge.

Dans cette affaire, le juge civil s'est ainsi posé strictement la même question très concrète que celle que se pose le juge administratif dans le cadre du même recours : le manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence a-t-il causé un préjudice au candidat évincé qui l'invoque ou à tout le moins était-il susceptible de lui causer un préjudice ? Cette uniformisation du contrôle de la passation des contrats privés et publics de la commande publique est protectrice de la sécurité juridique des contrats conclus et place sur un pied de stricte égalité les contrats publics et les contrats privés de la commande publique. Il n'y aurait d'ailleurs eu aucune raison de mettre en place un contrôle à deux vitesses en fonction de la nature juridique du contrat concerné dès lors que, dans les deux cas, il s'agit bien d'affecter directement ou indirectement de l'argent public à la réalisation d'un projet en concluant un contrat. Et cette conception subjective du contrôle de passation des contrats privés de la commande publique s'est à nouveau illustrée dans un arrêt de la chambre commerciale du 15 janvier 2013 ^[11], à l'occasion duquel le juge civil a confirmé son appréciation concrète de la potentialité du préjudice invoqué par le candidat évincé. Mais à la vérité, est-ce bien le juge civil qui s'est inspiré de la jurisprudence du Conseil d'État ? En publicistes que nous sommes, nous analysons cet arrêt au travers du prisme habituel de la jurisprudence administrative. Pourtant, il est très fort probable que la chambre commerciale de la Cour de cassation aurait spontanément adopté un tel raisonnement subjectif qui lui appartient par nature en droit des contrats. Et c'est d'ailleurs à notre sens bien davantage le juge administratif qui s'est inspiré du droit civil des contrats en adoptant la jurisprudence Smirgeomes fortement

imprégnée de la notion de bonne foi, prégnante en droit civil des contrats.

Référence

Cass. com., 23 octobre 2012, pourvoi n° 11-23.521

Mots clés

Communication des motifs • Préjudice potentiel • Référé contractuel • Référé précontractuel •

.....
.....
[1] CE sect. 3 octobre 2008, Smirgeomes, req. n°305420 concl. Da Costa : CP-ACCP, n° 83, décembre 2008, p. 29. [2] Ord. n° 2009-515 du 7 mai 2009, art. 2 ; CJA, art. L.551-5. [3] CE sect. 3 octobre 2008, Smirgeomes, préc. [4] Code de la construction et de l'habitation, art. L. 433-1: « Les marchés conclus par les organismes privés d'habitation à loyer modéré sont soumis aux dispositions de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics. » [5] Ord. n° 2009-515 du 7 mai 2009, art. 2. [6] Code de procédure civile, art. 1441-2. [7] CE 23 juin 2010, Cne de Chatel, req. n° 336910. [8] En droit civil des contrats, tout est question d'appréciation in concreto, les comportements des parties contractantes qui doivent exécuter de bonne foi le contrat (code civil, art. 1134, al. 3) étant appréciés au cas par cas par comparaison au comportement de référence du « bon père de famille ». [9] Ord. n° 2009-515 du 7 mai 2009, art. 11. [10] CE 24 juin 2011, Cne de Rouen, req. n° 347840. [11] Cass. com. 15 janvier 2013, pourvoi n° 12-17.790.