

N° 407047
Ville de Paris

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies
Audience du 10 mai 2017
Lecture du 24 mai 2017

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

L'affaire qui vient d'être appelée vous conduira de nouveau à choisir entre des approches objective et subjective dans l'application des règles de recevabilité du référé contractuel. Elle se pose dans une configuration inédite.

Au terme d'une procédure concurrentielle avec négociation en vue de l'attribution d'un marché à bons de commandes portant sur la fourniture de petits véhicules utilitaires, la ville de Paris a notifié au groupement constitué des sociétés Concepts et collectivités, Services et équipements et Proconcept 2 roues, le rejet de son offre en l'informant d'un délai de suspension de la signature du contrat de 11 jours, soit jusqu'au 15 novembre 2016. Elle a cependant signé le marché la veille de cette date. Le 18 novembre, les sociétés membres du groupement évincé ont formé un référé précontractuel devant le TA de Paris, qui a été rejeté comme irrecevable en raison de la signature du contrat. Elles ont alors, le 14 décembre, saisi la même juridiction d'un référé contractuel. Par une ordonnance du 4 janvier 2017 contre laquelle la ville de Paris se pourvoit en cassation, le juge des référés a rejeté les demandes tendant à la suspension ou à l'annulation des contrats et infligé à la ville une amende de 10 000 euros en application de l'article L. 551-20 du CJA, à titre de sanction pour avoir méconnu ses obligations en matière de suspension de la signature du contrat.

Le premier moyen est tiré de ce que le juge des référés a commis une erreur de droit en jugeant recevable le référé contractuel alors que, dans les circonstances de l'espèce, la méconnaissance du délai de suspension que le pouvoir adjudicateur avait notifié au candidat évincé n'avait pas eu pour effet de le priver de la possibilité d'effectuer un référé précontractuel puisqu'il l'a formé au-delà de ce délai.

Rappelons que le référé contractuel n'est ouvert au demandeur dont le référé précontractuel a été rejeté comme irrecevable du fait de la conclusion du contrat que lorsque celle-ci est intervenue en méconnaissance des règles de suspension de la signature du contrat qui s'imposaient au pouvoir adjudicateur ou lorsqu'il ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours. La méconnaissance des règles de suspension de la signature du contrat peut résulter de l'absence de notification de ce délai de suspension (10 novembre 2010, *Etbs public national des produits de l'agriculture et de la mer (France Agrimer)*, n° 340944, aux T ; 24 juin 2011, *Office public de l'habitat interdépartemental de l'Essonne, du Val d'Oise et des Yvelines et société Seni*, n° 346746, aux T ; 30 novembre

2011, *Société DPM protection centre hospitalier Andrée Rosemon*, n° 350788, 350792, au Recueil sur un autre point), de la notification d'un délai irrégulier, car inférieur au minimum légal (17 juin 2015, *sté Proxiserve*, n° 388457, aux T) ainsi, bien entendu, que de la signature du contrat alors que le juge du référé précontractuel est saisi (art L. 551-14 ; 17 octobre 2016, *Min de la défense c/ Sté Tribord*, n° 400791, aux T ; 14 février 2017, *sté des eaux de Marseille*, n° 403614, aux T).

Il ne fait aucun doute qu'en l'espèce le pouvoir adjudicateur a méconnu son obligation de s'abstenir de signer le marché pendant le délai de suspension qu'il avait indiqué au candidat évincé puisqu'il l'a fait un jour avant son expiration.

Mais il ne fait guère plus de doutes que cette méconnaissance n'a pas privé le candidat évincé de la possibilité de former utilement un référé précontractuel puisqu'il ne l'a fait qu'après l'expiration du délai notifié par le pouvoir adjudicateur, à une date à laquelle ce dernier aurait en tout état de cause pu avoir régulièrement signé le marché depuis trois jours.

L'approche objective, qui consiste à s'en tenir à la constatation de la méconnaissance pour admettre la recevabilité du référé contractuel, a pour principal avantage la simplicité, laquelle n'est pas à négliger dans un dispositif dont ce n'est pas la caractéristique la plus évidente. Elle a également un effet dissuasif de nature à inciter les pouvoirs adjudicateurs à veiller à respecter les délais qu'ils ont indiqué. Cet objectif n'est pas étranger au régime du référé contractuel : comme le souligne l'exposé des motifs de la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 relative aux recours en matière de passation des marchés publics, « Afin de prévenir toute violation grave de l'obligation de délai de suspension et de suspension automatique, qui sont des conditions indispensables pour qu'un recours soit efficace, il convient que des sanctions effectives soient appliquées ». L'article L. 551-20 du CJA dispose ainsi que « *dans le cas où le contrat 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, le juge peut prononcer la nullité du contrat, le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière* ». La pénalité financière doit être infligée lorsqu'en l'absence de manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence il n'y a pas lieu d'annuler le contrat (30 nov 2011, *Société DPM protection centre hospitalier Andrée Rosemon*, n° 350788, au rec). La formulation très objective de cette disposition peut inciter à la rigueur.

De telles considérations vous ont déjà conduits à adopter des solutions qui pouvaient sembler sévères : vous avez ainsi jugé, pour admettre la recevabilité du référé contractuel, qu'un pouvoir adjudicateur n'avait pas correctement informé le candidat évincé de la procédure de passation d'une délégation de service public en lui notifiant un délai de suspension selon les règles applicables aux marchés publics, alors même qu'elles sont plus contraignantes (25 octobre 2013, *Cne de La Seyne-sur-Mer*, n° 370393, aux T sur ce point ; 23 janvier 2017, *sté Decremps BTP*, aux T).

Vous avez également refusé de tenir compte de la date à laquelle le marché avait été effectivement signé et le référé précontractuel formé, dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur avait notifié un délai inférieur au minimum réglementaire. Cette seule circonstance a suffi à rendre recevable le référé contractuel, alors même que le pouvoir adjudicateur avait attendu l'expiration du délai légal pour signer le contrat et que le référé

précontractuel avait été formé après l'expiration de ce délai légal minimum (17 juin 2015, *sté Proxiserve*, n° 388457, aux T).

Ces raisons ne nous paraissent cependant pas conduire nécessairement à faire prévaloir une approche objective dans le cas de figure qui vous est soumis aujourd'hui.

En premier lieu, il est très différent des précédents que nous avons cités. La rigueur de la jurisprudence *Cne de la Seyne-sur-Mer* s'explique par votre volonté de ne pas demander au juge du référé de s'interroger en présence de manquements à des règles sur l'éventualité d'une application de règles de portée équivalente, ce qui n'est jamais simple. La solution de la décision *sté Proxiserve* s'explique par le fait que le délai minimum posé par le législateur n'est pas un délai par défaut, qui s'appliquerait en l'absence de délai fixé par le pouvoir adjudicateur. Ce dernier doit toujours le fixer lui-même, sans même pouvoir se borner à renvoyer au texte (29 juin 2012, *société Signature*, n° 357617, inédite). Par conséquent, la circonstance que le pouvoir adjudicateur ait, dans les faits, respecté ce délai minimum, ne réduisait en rien l'irrégularité qu'il avait commise en fixant un délai inférieur à ce délai légal. Vous ne pouviez dès lors considérer que le candidat évincé n'avait été privé d'aucun droit en formant un recours après ce délai réglementaire dès lors que ce délai ne lui aurait jamais été opposable, seul celui fixé par le pouvoir adjudicateur pouvant l'être.

En l'espèce, le candidat évincé a été régulièrement informé d'un délai conforme aux exigences de l'article 99 du décret du 25 mars 2016. Dans ce cas, ce n'est pas une irrégularité de l'information sur le délai de suspension qui a pu le priver de la possibilité de former utilement un référé précontractuel, mais, éventuellement, la signature anticipée du marché qui rend irrecevable le référé précontractuel. S'il a déposé son recours dans le délai, en l'occurrence le dernier jour, cette signature anticipée le prive de la totalité du délai auquel il avait droit, lui ouvrant la voie du référé contractuel. Mais, dès lors qu'il a formé son recours plusieurs jours après l'expiration du délai, il nous semble que ce n'est pas cette signature anticipée qui l'a empêché de le faire utilement, mais son absence de diligence. Si le pouvoir adjudicateur avait signé le marché le lendemain, alors qu'aucun recours n'avait été formé, cette signature aurait été régulière et aurait rendu irrecevable le recours contractuel déposé postérieurement.

Tenir ainsi compte du caractère en tout état de cause tardif du référé précontractuel pour neutraliser le caractère prématuré de la signature du contrat nous paraît une solution équilibrée, qui assure l'efficacité des recours juridictionnels sans faire preuve d'une rigueur excessive et par conséquent injustifiée.

Tout d'abord, elle ne réduit en rien les garanties que représente pour les candidats évincés le dispositif de suspension de la signature du contrat puisque le référé contractuel leur sera toujours ouvert s'ils ont formé leur recours dans le délai conforme aux dispositions réglementaires qui leur a été régulièrement notifié. Il leur sera également ouvert, comme vous l'avez jugé par vos décisions précitées, lorsque ce délai n'était pas conforme ou ne leur a pas été régulièrement notifié. S'ils ont été dissuadés de former un référé précontractuel dans le délai parce qu'ils ont eu connaissance de la signature prématurée du contrat qui rendait inutile un référé précontractuel, ils formeront directement un référé contractuel qui sera alors recevable. Mais ce cas de figure devrait être rare, les requérants ayant le plus souvent connaissance de la signature du contrat par le mémoire en défense à leur référé précontractuel.

Ensuite, elle répond aux objectifs du référé contractuel, qui vise à offrir une voie de recours aux candidats évincés qui n'ont pu former utilement un référé précontractuel du fait d'une méconnaissance par le pouvoir adjudicateur de ses obligations de suspension de la signature du contrat. Or, dans le cas de figure qui est celui qui nous occupe, la cause de l'échec du référé précontractuel n'est en réalité pas le manquement du pouvoir adjudicateur mais le fait qu'il a été formé tardivement.

Enfin, elle procède d'un pragmatisme qui a toujours animé votre jurisprudence. Elle n'affaiblit pas l'effet dissuasif de la pénalité financière prévue par l'article L. 551-20 du CJA, qui restera due lorsque le référé contractuel sera recevable mais qu'il n'y a pas eu de manquements. Ce n'est que dans des cas comme ceux de la présente espèce, où la signature un jour avant l'expiration du délai résulte très probablement davantage d'une erreur de computation du délai que d'une volonté de priver le requérant de son droit au recours, et qui n'a eu aucune incidence sur ce dernier, que l'irrecevabilité du référé contractuel lui épargnera une amende. La directive recours n'impose pas aux Etats d'infliger une pénalité financière pour tout manquement aux obligations de suspension. Elle ouvre au contraire à leurs instances un large pouvoir d'appréciation pour tenir compte de tous les facteurs pertinents (art 2 sexies), qui peut donc jouer dès l'appréciation de la recevabilité du recours.

Précisons pour être parfaitement clair que cette solution ne doit pas être étendue au-delà du cas particulier du recours introduit postérieurement au délai de suspension régulièrement notifié. Il ne s'agit aucunement d'apprécier la recevabilité du référé contractuel à l'aune de ses chances de succès.

Le seul inconvénient que nous voyons finalement à cette solution est d'être d'application moins simple que l'approche objective, car le juge ne pourra pas se contenter de constater une signature prématurée du marché, mais devra aussi vérifier que le recours a été introduit postérieurement au délai régulièrement notifié sans que cette tardiveté soit imputable à la signature du marché.

Mais la complexité résultant de la souplesse que nous vous proposons d'introduire dans l'application des règles est limitée : le juge aura simplement à constater que le référé précontractuel a été formé postérieurement au délai de suspension pour neutraliser une signature prématurée, sauf à ce que le requérant soutienne qu'il a formé son recours après le délai car il savait que la signature prématurée le privait de la possibilité de le faire utilement dans les jours du délai qui restaient à courir après cette signature. Mais il aura alors logiquement formé directement un référé contractuel, qui sera recevable.

Si vous nous suivez, vous ferez droit au moyen du pourvoi, puisque l'auteur de l'ordonnance attaquée a fondé la recevabilité du référé contractuel sur la seule circonstance que le marché avait été conclu durant le délai de suspension, sans tenir compte du fait que le recours avait été introduit postérieurement à ce délai.

Réglant l'affaire au titre de la procédure de référé, vous jugerez que le groupement évincé, qui a introduit un référé précontractuel postérieurement au délai de suspension qui lui avait été régulièrement notifié et qui ne soutient pas avoir été privé de la possibilité de

l'introduire utilement dans le délai du fait de la signature prématurée du marché, n'est pas recevable à former un référé contractuel.

Si vous ne nous suivez pas, il vous faudra tout de même casser l'ordonnance attaquée, rendue irrégulièrement, le juge n'ayant pas, comme le prévoit l'article L. 521-1 du CJA, préalablement informé les parties qu'il était susceptible d'infliger une pénalité financière.

Sur le fond, le seul objet du litige est cette pénalité financière, aucun manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence n'étant reproché à la ville de Paris. Les sociétés requérantes contestaient uniquement l'absence de notification de la conclusion du marché, qu'au demeurant aucune disposition n'impose.

Comme vous l'avez indiqué par votre décision précitée *Société DPM protection centre hospitalier Andrée Rosemon*, le juge du référé constatant un manquement à l'obligation de ne pas signer le contrat doit prononcer, en l'absence de tout autre manquement, au moins une pénalité financière, dont le montant dépend de la nature et l'ampleur de la méconnaissance constatée, de ses conséquences pour l'auteur du recours, du comportement du pouvoir adjudicateur ainsi que du montant et de la durée du contrat en cause. En l'espèce, la méconnaissance consistant à avoir signé le contrat la veille de l'expiration du délai de suspension est certaine mais elle est très probablement involontaire et n'a eu aucune conséquence pour l'auteur du recours. Une pénalité symbolique nous paraît être la juste sanction de cette erreur. Vous pourrez donc condamner la ville de Paris à une amende de 100 euros. Ce qui montre bien que, dans un tel cas de figure, l'enjeu d'un contentieux ne le vaut pas et qu'il est préférable de l'arrêter au stade de la recevabilité.

EPCMNC : - Annulation de l'ordonnance attaquée ;

- Rejet du référé contractuel ;
- Vous pourrez en revanche, dans les circonstances de l'espèce, rejeter également les conclusions de la ville de Paris au titre des frais exposés dans cette instance.