

N°s 456418, 457233  
Communauté de communes Convergence Garonne  
Société Fore Iles du Nord

7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> chambres réunies

Séance du 26 janvier 2022  
Lecture du 28 janvier 2022

## Conclusions

**M. Marc PICHON de VENDEUIL, Rapporteur public**

Nous prononcerons des conclusions communes sur les deux affaires qui viennent d’être appelées et qui ont pour point commun de vous amener à vous prononcer pour la première fois sur les **conséquences à tirer, en matière de référé précontractuel, du récent arrêt de la CJUE du 17 juin 2021, *Simonsen & Weel A/S*, aff. C-23/20, par lequel la Cour de Luxembourg a précisé les règles applicables au contenu des avis de marché quant aux mentions relatives à la quantité ou au montant des prestations susceptibles d’être fournies en vertu d’un accord-cadre.**

1. Cet arrêt<sup>1</sup>, déjà très commenté<sup>2</sup>, dit notamment pour droit que l’avis de marché doit indiquer la quantité et/ou la valeur estimée ainsi qu’une quantité et/ou une valeur maximale des produits à fournir en vertu d’un accord-cadre. En d’autres termes, **pas d’accord-cadre sans plafond !**

La chose n’allait pourtant pas de soi, et pas simplement parce que, jusqu’à présent, les textes nationaux comme votre propre jurisprudence (voir récemment CE 12 juin 2019, *Société Prezioso Linjebygg c/ Sonocar Industries*, n° 427397, C, ccl. M. Le Corre) vivaient très bien avec l’idée, exprimée en dernier lieu à l’article R. 2162-4 du code de la commande publique,

---

<sup>1</sup> Voir aussi déjà, sous l’empire de la directive 2004/18/CE : CJUE 19 décembre 2018, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, n° C-216/17

<sup>2</sup> Voir, notamment, M. Ubaud-Bergeron et L. Coutron : Besoin d’un nouveau cadre pour l’accord-cadre ? - Contrats et Marchés publics n° 12, Décembre 2021, repère 11 ; F. Linditch : Sur la nouvelle obligation de plafonner les accords-cadres - La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 30-34, 26 Juillet 2021, 2245

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l’accord du rapporteur public qui en est l’auteur.*

selon laquelle : « *Les accords-cadres peuvent être conclus : 1° Soit avec un minimum et un maximum en valeur ou en quantité ; 2° Soit avec seulement un minimum ou un maximum ; 3° Soit sans minimum ni maximum* », ce qui est l'expression législative la plus pure (à défaut d'être la plus légère) du « faites ce qu'il vous plaira ! »

L'arrêt *Simonsen* reconnaît lui-même sa hardiesse en admettant expressément dans ses motifs (§ 49 à 53) que la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 peut être lue comme laissant au pouvoir adjudicateur une marge d'appréciation sur l'opportunité d'indiquer une valeur maximale dans l'avis de marché, comme permettant que l'évaluation de cette valeur maximale soit approximative et même comme indiquant qu'il n'y a pas lieu de l'exiger en toutes circonstances, mais dans la mesure du possible.

Mais, refusant de s'arrêter à l'interprétation littérale de la directive, la Cour s'est fondée sur son économie générale, en convoquant les **principes de la commande publique de transparence et d'égalité de traitement**, mentionnés à son article 18, ainsi que les dispositions de son article 5, paragraphe 5, relatives à la méthode de calcul de valeur des accords-cadres, pour estimer qu'une estimation de la valeur maximale des prestations susceptibles d'être commandées pendant la durée d'exécution de l'accord-cadre est toujours possible et doit donc toujours figurer dans les avis de marché.

En outre, la CJUE déduit des mêmes principes que, le cas échéant, l'acheteur est tenu de déterminer et d'indiquer une quantité ou une valeur maximale contractuelle des prestations **pour chacun des lots** de l'accord-cadre.

Enfin, la Cour précise que l'indication de la quantité ou de la valeur maximale peut figurer indifféremment **dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges**, sous réserve que ce dernier soit aisément accessible.

**2. La réception de cette jurisprudence en droit national a été rapide mais ce faisant, le pouvoir réglementaire a retenu une conception souple, et à vrai dire problématique, de son applicabilité dans le temps.**

Ainsi, deux mois seulement après l'arrêt de la CJUE, le décret n° 2021-1111 du 23 août 2021, qui est un décret en Conseil d'Etat, a modifié le code de la commande publique pour supprimer la possibilité de conclure des accords-cadres sans maximum. Son entrée en vigueur sur ce point a toutefois été fixée au 1<sup>er</sup> janvier 2022.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Nous comprenons indéniablement les motifs qui ont inspiré cette mesure. Les observations produites par le ministre de l'économie dans la première affaire vous expliquent en effet que le Gouvernement a estimé qu'une entrée en vigueur immédiate des modifications porterait atteinte au principe de sécurité juridique, en privant les destinataires de la norme (en particulier les centrales d'achat qui recourent de façon intensive à ce type de procédure) du délai indispensable pour prendre en compte les règles nouvelles dans la préparation de leurs procédures.

En outre, le Gouvernement s'est fondé sur le fait que l'arrêt *Simonsen & Weel* a lui-même relevé l'ambiguïté des dispositions de la directive 2014/24/UE et que, peut-être effrayée par sa propre audace, la Cour a jugé que le manquement n'était pas d'une gravité suffisante pour justifier que soit « privé d'effets » un accord-cadre qui aurait été passé sans mentionner les quantité et valeur maximales requises.

Cependant, si ce dernier volet de l'arrêt nous conduit à penser qu'en principe, vous n'annulerez pas ni même ne résilierez, dans le cadre d'un contentieux de type « Tarn-et-Garonne », un accord-cadre passé en méconnaissance des principes posés par la décision *Simonsen & Weel A/S*, il reste que la problématique est différente dans l'hypothèse – qui est celle dont vous avez à connaître aujourd'hui s'agissant de référés précontractuels – de manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence en amont de la conclusion du contrat.

Or, dans ce cadre, force est de constater que la jurisprudence communautaire ne vous laisse guère de marge de manœuvre...

La CJUE estime en effet de manière constante que sa réponse une question préjudicielle revêt un effet rétroactif, dans la mesure où l'interprétation qu'elle donne d'une règle de droit de l'Union dans l'exercice de cette compétence « *éclaire et précise, le cas échéant, la signification et la portée de cette règle telle qu'elle doit ou aurait dû être comprise et appliquée depuis le moment de sa mise en vigueur* » (CJCE 27 mars 1980, *Denkavit Italiana*, Aff. C-61/79).

De même, dans son arrêt *Winner Wetten GmbH* du 8 septembre 2010 (aff. C-409/06), la CJUE énonce sans ambages qu'il appartient au juge national, « *par application du principe de coopération énoncé à l'article 10 CE, d'appliquer intégralement le droit de l'Union directement applicable et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle du droit de l'Union* » (point 55) et que si « *des considérations impérieuses de sécurité juridique tenant à l'ensemble des intérêts, tant publics que privés peuvent justifier le*

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

*maintien des effets d'un acte illégal durant le laps de temps nécessaire aux fins de permettre qu'il soit remédié à une telle illégalité, les conditions ne pourraient être déterminées que par la seule Cour » (§ 66 et 67).*

Or, que ce soit à dessein ou pas, l'arrêt *Simonsen & Weel A/S* ne dit rien de l'application dans le temps de la nouvelle règle qu'il énonce, et encore moins qu'il existerait des considérations impérieuses justifiant de s'écarter du droit commun.

Dans ces conditions, il nous paraît impossible de l'écarter de vous-mêmes pour des accords-cadres pour lesquels les procédures d'appel à la concurrence ont été engagées avant le 17 juin 2021. Il vous revient au contraire, en tant que juge de droit commun de l'Union, d'en faire application immédiatement et donc d'écarter la réglementation nationale en vigueur à la date des faits.

Ajoutons à cet égard que, s'il n'est pas théoriquement exclu que vous puissiez poser une nouvelle question préjudicielle à la CJUE sur ce point particulier, le recours à une telle procédure en l'espèce nous paraît non seulement susceptible de recevoir un accueil très mitigé au vu de la jurisprudence que nous vous avons citée mais aussi, en tout état de cause, radicalement inefficace au regard des impératifs de célérité qui s'attachent à une procédure de référé précontractuel... Nous ne vous proposons donc pas d'y recourir.

**3. Ainsi éclairés quant au droit applicable, nous pouvons en venir à l'examen de chacun des pourvois.**

**Dans la première affaire**, la communauté de communes Convergence Garonne a lancé, par des avis d'appel public parus respectivement les 8 et 11 mai 2021 au BOAMP et au JOUE, un appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un marché ayant pour objet la collecte, le tri et la valorisation des déchets ménagers. Ce marché était subdivisé en deux lots, le premier d'entre eux, objet du litige, étant consacré à la phase de collecte des déchets ménagers en « porte-en-porte ». La société Coved, qui en était précédemment titulaire, a été avisée le 16 juillet 2021 du rejet de son offre, classée en 2<sup>ème</sup> position, et a saisi le juge des référés précontractuel du TA de Bordeaux qui, par une ordonnance du 23 août 2021 a fait droit à ses conclusions et annulé les décisions afférentes à la procédure de passation de ce lot.

Le pourvoi formé contre cette ordonnance par la communauté de communes articule un unique moyen tiré de la dénaturation des pièces du dossier et de l'erreur de qualification juridique des faits (EQJF) à avoir jugé que l'absence de mention d'une valeur maximale de

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

l'accord-cadre dans l'avis d'appel public à la concurrence justifiait l'annulation de la procédure de passation du marché.

**3.1.** S'agissant de la branche de dénaturation, la communauté requérante reproche au JRITA d'avoir estimé qu'aucune pièce du marché ne permettait de pallier le défaut d'indication de la valeur maximale de l'accord-cadre et que la société Coved n'avait pu en l'espèce présenter une offre adaptée bien qu'elle soit le dernier titulaire du marché.

Toutefois, comme l'a relevé le juge des référés, le montant mentionné par l'avis ne portait que sur l'ensemble du marché ; en revanche, il n'est nulle part fait état du montant maximum que l'acheteur comptait allouer aux prestations du lot n° 1. Contrairement à ce que soutenait la communauté de communes, ce montant ne pouvait pas non plus être déduit des chiffres mentionnés, à titre indicatif seulement, dans le CCTP, qui ne concernaient que l'historique de tonnage des déchets collectés, alors que les évolutions démographiques, sociologiques et réglementaires sont susceptibles d'affecter lourdement ce type d'activité, notamment la clef de répartition entre les différents types de collecte.

**3.2.** Pour ce qui est de la branche d'EQJ, elle nous paraît évidemment très engagée par ce que nous venons de vous dire.

S'agissant d'abord de l'irrégularité de la procédure suivie, nous croyons vous avoir démontré que les avis publiés méconnaissent frontalement la récente jurisprudence communautaire et que, dès lors que le montant du marché litigieux dépasse le seuil au-delà duquel s'applique la directive de 2014 – nous observons qu'elle n'est en effet pas applicable à tous les marchés publics, notamment ceux passés au terme d'une procédure adaptée –, la communauté de communes Convergence Garonne devait être regardée comme ayant manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

Vous contrôlez également, toujours au titre de l'EQJ (CE 21 mai 2010, *Commune de Bordeaux*, n° 334845, T. p. 858, ccl. B. Dacosta), l'appréciation portée par le JRPC sur la lésion éventuelle causée par un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence au sens de votre jurisprudence *Smirgeomes*.

Sur ce terrain, le pourvoi soutient que dès lors que la société Coved a déposé une offre, c'est qu'elle estimait être en capacité de le faire, en dépit du vice qu'elle avait nécessairement identifié, et ainsi surmonté. Mais vous jugez de manière constante que le fait pour un candidat d'avoir participé à la procédure jusqu'à son terme ne peut lui être opposé dès lors que le

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

manquement aux obligations de publicité produit encore ses effets lors de la sélection des candidatures ou des offres (CE 14 décembre 2009, *Département du Cher*, n° 330052, T. p. 829).

De même, sachant que le constat selon lequel le candidat n'a pas été suffisamment informé pour établir utilement son offre relève seulement de l'appréciation souveraine du premier juge (CE 15 décembre 2008, *Communauté intercommunale des villes solidaires*, n° 312350, T. p. 819), nous ne voyons aucune dénaturation dans l'appréciation portée par le juge de référés quant au fait que l'absence d'information quant au montant maximal du lot n° 1 n'avait pas mis la société Coved à même de présenter une offre adaptée, ce dont le juge des référés a pu exactement déduire que la communauté de communes avait été susceptible d'être lésée par ce manquement.

Aucun des moyens du pourvoi n° 456418 n'est donc fondé.

4. Nous pouvons maintenant en venir à la **seconde affaire** qui, pour sa part, concerne un référé précontractuel engagé à la suite d'une procédure d'appel à concurrence lancée en janvier 2021 par la collectivité de Saint-Martin en vue de la passation d'un accord-cadre à bons de commande en matière de formation professionnelle. Le marché était divisé en 3 lots mais le litige porte spécifiquement sur le lot n°2 relatif à l'orientation, l'accompagnement à l'insertion professionnelle et la mise en place de bilans de compétences.

La société Formation accompagnement conseil (FAC), dont l'offre a été classée en 2<sup>ème</sup> position, s'est tournée vers le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Saint-Martin afin d'annuler la procédure de passation et a obtenu gain de cause. La collectivité de Saint-Martin – qui s'est depuis désistée, ce dont vous pourrez lui donner acte – et la société attributaire du lot n° 2 ont formé conjointement un pourvoi contre cette ordonnance du 18 septembre 2021. La société Fore Iles du Nord, désormais unique requérante, soulève trois moyens de cassation.

4.1. Le premier d'entre eux fait l'originalité de ce pourvoi par rapport au précédent.

Il est assez ingénieusement tiré de ce que le JRTA a commis une erreur de droit en se fondant, pour écarter l'application de l'article R. 2162-4 du code de la commande publique, sur les dispositions de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014, dès lors que l'obligation de fixer un maximum en quantité ou en valeur n'est pas, aux termes de la directive, **applicable aux marchés de services sociaux**.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

La société requérante soutient en particulier que l'article 49 et l'annexe V partie C de la directive de 2014, sur lesquels la CJUE s'est fondée pour dégager l'obligation de fixer un maximum en quantité ou en valeur, ne s'appliquent pas à un marché de services sociaux tel que celui en cause ici.

Ce moyen nous paraît nouveau en cassation et n'est pas né de l'ordonnance attaquée : vous devriez donc le regarder comme relatif au « champ d'application de la loi » pour l'estimer opérant – ce qui ne va pas de soi pour ce qui concerne les termes d'une directive (cf. Assemblée 6 décembre 2002, *Maciolak*, p. 426) – ou alors l'envisager au vu de la dimension globalisante de l'argumentation initiale.

Si vous deviez y répondre, il nous faut vous rappeler que les marchés de services sociaux sont des marchés publics dont l'objet particulier – les services sociaux – emporte, aux termes de la directive, des formalités allégées en matière de publication d'avis de marché et d'attribution (art. 75), justifie qu'une liberté soit laissée aux Etats membres pour définir notamment des règles de procédure permettant « *aux pouvoirs adjudicateurs de prendre en compte les spécificités des services en question* » (art. 76) et permet de réserver à certaines organisations le droit de participer aux procédures de passation (art. 77). Ces dispositions ont été transposées en droit interne aux articles L. 2113-15, qui prévoit que les marchés sociaux peuvent être réservés à des organismes ou entreprises relevant de l'économie sociale ou solidaire, et L. 2123-1 du CCP, qui définit des procédures de passation adaptées pour de tels marchés.

Par ailleurs, rien n'interdit de recourir, pour de tels marchés, à la technique d'achat que constitue l'accord-cadre (voir en ce sens, articles 33 de la directive et L. 2125-1 CCP).

Ceci étant posé, le pourvoi fait d'abord valoir que le raisonnement tenu par la Cour dans l'arrêt *Simonsen & Weel* vise l'article 49 de la directive, qui est relatif aux avis de marché et qui précise que ces avis « *contiennent les informations prévues à l'annexe V, partie C (...)* », parmi lesquelles figurent la durée de l'accord-cadre et la valeur ou l'ordre de grandeur et la fréquence des marchés à attribuer.

A l'inverse, il pointe que les règles particulières qui s'appliquent pour les marchés de services sociaux ne renvoient pas explicitement aux informations devant figurer dans les accords-cadres selon le C de l'annexe V. Au contraire, l'article 75 de la directive prévoit que les pouvoirs adjudicateurs qui entendent passer un marché pour des services sociaux font connaître leur intention par un avis de marché ou un avis de pré-information qui comportent respectivement les informations mentionnées aux parties H ou I de l'annexe V.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Or, ces annexes particulières ne comportent effectivement aucune référence à un montant maximal en valeur ou en quantité, la partie I relative à l’avis de pré-information se bornant à solliciter la valeur totale estimée du marché mais sans la subdiviser.

La société requérante en déduit allègrement que les marchés sociaux ne sont pas soumis à l’obligation de mention d’un maximum.

Mais nous ne sommes nullement convaincu par ce raisonnement astucieux.

En effet, non seulement la mention, dans la partie I, de la valeur totale estimée du marché fait douter de sa cohérence interne mais surtout, il nous paraît évident que ce n’est pas celui qu’a suivi la Cour de Luxembourg.

En effet, comme nous vous l’avons dit, elle ne déduit pas tant l’obligation de mention d’un maximum des dispositions de l’article 49 et de l’annexe V (dont elle admet au contraire explicitement au point 53 que la seule interprétation littérale n’est pas concluante pour déterminer si un avis de marché doit comporter ou non cette indication) que des principes de transparence et d’égalité de traitement, et de l’économie générale de la directive.

Au regard de cette approche globale et finaliste, on ne voit guère à quel titre il faudrait exempter des principes dégagés par la Cour une catégorie particulière d’accords-cadres, au seul motif que les articles 74 et suivants de la directive prévoient, s’agissant plus spécifiquement des contrats portant sur des prestations « sociales et connexes », des modalités particulières de passation.

Vous pourrez donc écarter ce premier moyen.

#### 4.2. Les deux autres vous retiendront moins longtemps.

Le deuxième conteste, sur le terrain de l’erreur de droit, l’interprétation de l’arrêt *Simonsen & Weel* à laquelle le juge des référés se serait livré et consistant à retenir que l’obligation de maximum résulte du principe général de transparence énoncé par la directive de 2014, et non uniquement des dispositions de l’annexe V, partie C.

Comme nous venons de le voir, cette argumentation se heurte directement à la grille de lecture de la CJUE, qui se fonde sur l’économie générale de la directive : dans cette logique,

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l’accord du rapporteur public qui en est l’auteur.*

l'absence de mention d'un maximum en valeur ou en quantité dans la partie H de l'annexe V ne permet évidemment pas de conclure qu'elle exclut formellement cette obligation pour les marchés sociaux, la règle générale fixée pour les accords-cadres devant au contraire prévaloir, indépendamment de la nature du marché pour lequel cette technique d'achat est mobilisée.

4.3. Enfin, le troisième moyen soutient que l'ordonnance est entachée d'erreur de droit et de dénaturation à avoir jugé que l'absence de mention d'une valeur maximale a été, en l'espèce, de nature à léser la société dont l'offre a été classée en 2<sup>ème</sup> position.

Vous retrouvez ici un raisonnement similaire à celui articulé dans la première espèce au regard de la jurisprudence *Smirgeomes* et la réponse que vous apporterez sera, *mutatis mutandis*, équivalente.

En effet, dans la présente affaire, le juge des référés a estimé que l'absence dans l'avis d'appel à concurrence de mention de la quantité ou valeur maximale des prestations n'avait pas mis la société FAC à même de présenter une offre adaptée.

Nous n'y voyons aucune dénaturation dès lors que l'offre de la société FAC prévoyait un prix unitaire de 880 euros par bilan de compétence, en partant de l'hypothèse qu'elle en réaliserait 350 par an. Or, ces éléments conduisaient à un dépassement du budget prévu par la collectivité de Saint-Martin pour le lot n° 2 et étaient donc directement à l'origine de la note de 14,8 qui lui a été attribuée et qui est nettement inférieure, de ce fait, à l'offre de la requérante.

Les autres arguments du pourvoi, tirés de ce qu'il n'était pas à l'avantage de la collectivité de fixer un ordre de grandeur, car cela aurait conduit les concurrents à aligner leurs tarifs vers le haut, ou de ce que la société FAC aurait pu adresser une demande d'information pour ajuster son offre, nous paraissent par ailleurs très hypothétiques et certainement pas de nature à remettre en cause l'appréciation du juge sur l'existence d'une lésion.

Nous vous invitons donc à **écarter le moyen**.

5. Par ces motifs, nous concluons :

- sous le n° 456418, au rejet du pourvoi, y compris de ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du CJA, et à ce que vous mettiez à la

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

charge de la communauté de communes Convergence Garonne la somme de 3 000 euros à verser à la société Coved ;

- sous le n° 457 233, à ce que vous donniez acte du désistement de la collectivité de St-Martin, au rejet du pourvoi, y compris de ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du CJA et à ce que vous mettiez à la charge de la société Fore Iles du Nord la somme de 3 000 euros à verser à la société FAC.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*