N° 504004 – Société Thingslog France

7ème et 2ème chambres réunies

Séance du 30 juin 2025
Décision du 17 juillet 2025

CONCLUSIONS

M. Nicolas LABRUNE, Rapporteur public

En 2024, la commune d'Aix-en-Provence a lancé une procédure adaptée en vue de la passation d'un marché public de « fourniture et installation de matériels et de télésuivi des consommations d'eau, de détection des fuites et d'électrovannes associées pour des bâtiments communaux d'Aix-en-Provence ». Par un courrier du 26 février 2025, elle a informé la société Thingslog France du rejet de l'offre qu'elle avait présentée. Cette société a alors introduit devant le TA de Marseille, le 10 mars 2025, un référé précontractuel. Mais la communication de sa requête par le greffe du TA, tout comme la notification de son recours à laquelle elle avait procédé, ne sont parvenues à la commune que le 14 mars 2025, alors même que le marché avait été signé la veille, le 13 mars. Par une ordonnance du 27 mars 2025, le juge des référés du TA de Marseille a donc jugé qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur le référé précontractuel, du fait de la signature du contrat.

La société Thingslog a alors introduit un référé contractuel contre le marché. Mais, par une ordonnance du 18 avril 2025, le juge des référés l'a rejeté comme manifestement irrecevable, sur le fondement de l'article R. 222-1 du code de justice administrative (CJA), au motif que la société Thingslog avait formé auparavant un référé précontractuel et que la commune n'avait pas méconnue son obligation de suspension de la signature du marché, qui ne s'imposait à elle qu'à compter du 14 mars.

Et force est de constater que cette solution retenue par le juge des référés découle directement des textes régissant les référés précontractuel et contractuel, tels que les a interprétés votre jurisprudence.

Vous savez en effet que le droit de l'Union européenne, tout comme le droit français qui en assure la transposition, entendent privilégier la contestation en cours de procédure de passation, avant la signature du contrat, sur la contestation du contrat signé, la remise en cause d'une procédure de passation étant moins problématique que celle du contrat lui-même. Et il s'ensuit - vous le savez également - que le référé contractuel présente un caractère subsidiaire

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.

par rapport au référé précontractuel. Le second alinéa de l'article L. 551-14 du code de justice administrative prévoit ainsi que la voie du référé contractuel n'est pas ouverte au requérant qui a formé préalablement un référé précontractuel sur le fondement des articles L. 551-1 ou L. 551-5, sous réserve que « *le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice [ait] respecté la suspension [de la signature du contrat] prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et [se soit] conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours* »

Les articles L. 551-4 et L. 551-9 prévoient en effet, respectivement pour le pouvoir adjudicateur et l'entité adjudicatrice, une interdiction de signer le contrat lorsqu'un référé précontractuel a été formé, à compter de la saisine du TA et jusqu'à la notification de la décision juridictionnelle. Mais vous jugez depuis longtemps que cette interdiction n'est opposable à la personne publique que si elle a été informée de l'introduction du référé précontractuel, soit par le requérant, tenu de lui notifier son recours en vertu des articles R. 551-1 ou R. 551-2 du CJA, soit par le greffe du tribunal (sur ces deux hypothèses, voyez respectivement CE, 30 septembre 2011, *Commune de Maizières-les-Metz*, n° 350148, p. 450 ; CE, 1er mars 2012, *OPAC du Rhône*, n° 355560, T. p. 859). Et vous avez, depuis, constamment réaffirmé cette ligne jurisprudentielle : l'obligation de suspendre la signature du contrat en cas de référé précontractuel ne court qu'à partir du moment où l'acheteur public a été informé de ce référé (voyez par exemple CE, 5 mars 2014, *Société Eiffage TP*, n°374048, 374049, T. pp. 748-749 ; CE, 25 juin 2018, *Société hospitalière d'assurances mutuelles*, n°417734, T. pp. 781). Il en résulte, lorsqu'un marché a été signé après l'introduction d'un référé précontractuel mais en raison de l'ignorance, par la personne publique, de ce référé, que la personne publique n'a pas méconnu ses obligations et qu'un référé contractuel présenté ultérieurement par le même demandeur est irrecevable.

En somme, vous avez légèrement atténué la rigueur de la formulation des articles L. 551-4 et 9, qui impose la suspension de la signature du contrat dès la saisine de la juridiction, en introduisant une « dose de subjectivité »[1] tenant à ce que la personne publique soit informée de cette saisine, ce qui est d'ailleurs cohérent avec l'idée que le référé contractuel vise à sanctionner des manquements de l'acheteur public.

Relevons toutefois que, si vous avez introduit une dose de subjectivité tenant à l'exigence d'une information de la personne publique, vous avez en revanche privilégié une approche purement objective de cette information elle-même, en refusant de tenir compte des circonstances dans lesquelles la personne publique a pu prendre effectivement connaissance de cette information – c'est-à-dire des modalités de circulation de l'information entre les services de l'administration, depuis celui qui reçoit l'information jusqu'à celui qui signe le marché (voyez à ce propos la décision précitée *Société Eiffage TP*). Ainsi, la communication du référé précontractuel par le greffe du tribunal est réputée avoir été reçue par l'administration dès sa mise à disposition dans l'application Télérecours (CE, 17 octobre

[1] Nous empruntons l'expression aux conclusions de Gilles Pellissier sur CE, 25 juin 2018, *Société hospitalière d'assurances mutuelles*, n°417734, T. pp. 781

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.

2016, *Ministre de la défense c/ Société Tribord*, n°s 400791 400794, aux Tables). Et, de même, lorsque l'auteur d'un référé précontractuel établit l'avoir notifié au pouvoir adjudicateur « *par des moyens de communication permettant d'assurer la transmission d'un document en temps réel* », c'est-à-dire par télécopie ou par courrier électronique, la circonstance que cette notification ait été faite en dehors des horaires d'ouverture des services est dépourvue d'incidence, le délai de suspension courant à compter non de la prise de connaissance effective du recours par le pouvoir adjudicateur, mais de sa réception (CE, 14 février 2017, *Société des eaux de Marseille*, n°403614, aux Tables).

C'est donc bien en faisant application de votre jurisprudence que le juge des référés, par son ordonnance du 18 avril 2025, a rejeté le référé contractuel de la société Thingslog : le marché a certes été signé après l'introduction du référé précontractuel de cette société mais, comme la commune n'a été informée de ce référé qu'après la signature, elle n'a pas méconnue ses obligations, de sorte que Thingslog, qui avait déjà contesté ce marché par un référé précontractuel, n'était plus recevable à le contester ensuite par la voie du référé contractuel.

Et, c'est, pour l'essentiel, cette jurisprudence que conteste la société Thingslog, par le pourvoi en cassation qu'elle a formé contre cette ordonnance du 18 avril 2025. La société a en effet soulevée, à l'appui de ce pourvoi, une QPC dirigée contre les articles L. 551-4 et L. 551-14 du CJA tel que vous les avez interprétés, en faisant valoir qu'il en résulte un « angle mort » entre le moment de l'introduction du référé précontractuel et celui où la personne publique est informée de l'existence de ce recours : si le contrat est signé durant cet intervalle, il en découle non seulement un non-lieu à statuer sur le référé précontractuel, du fait de la signature du contrat, mais aussi, en application du second alinéa de l'article L. 551-14, une irrecevabilité du référé contractuel, dès lors que le pouvoir adjudicateur a alors signé le contrat sans méconnaître son obligation de suspension posée par l'article L. 551-4. Et cet angle mort procèderait, selon la société requérante, d'une méconnaissance du droit à un recours juridictionnel effectif et du principe d'égalité devant la loi, qui relèvent tous deux des droits et libertés garantis par la Constitution.

Nous commencerons, bien sûr, par examiner cette QPC.

Les dispositions critiquées des articles L. 551-4 et L. 551-14 du CJA, issues de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, sont incontestablement de nature législative, cette ordonnance ayant été ratifiée par l'article 113 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, et elles n'ont jamais été n'ont été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel[2].

[2] Si la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives a bien été déférée au Conseil constitutionnel, celui-ci, dans sa décision n° 2012-649 DC du 15 mars 2012, ne s'est pas prononcé sur l'article 113 de la loi, qui a procédé à la ratification de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 à l'origine des dispositions contestées. Et, par ailleurs, si le Conseil constitutionnel a eu

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.

Elles nous paraissent également applicables au litige. C'est évident en ce qui concerne le second alinéa de l'article L. 551-14, puisque c'est lui qui ferme la voie du référé contractuel au requérant ayant déjà formé au préalable un référé précontractuel. Ce l'est un petit peu moins en ce qui concerne l'article L. 551-4, qui pose seulement l'obligation de suspension de la signature du contrat. Mais il nous paraît difficile, au regard des griefs de constitutionnalité soulevés, de dissocier cet article de l'article L. 551-14, qui comporte justement un renvoi à « *la suspension prévue à l'article L. 551-4* ». Et, par ailleurs, c'est bien des deux articles, qu'il a tous deux cités dans son ordonnance, que le juge des référés a déduit l'irrecevabilité du référé contractuel de la société requérante. Nous vous proposons donc de considérer que la condition d'applicabilité au litige est remplie. Enfin, la QPC ne présente bien sûr aucun caractère de nouveauté au sens de l'ordonnance du 7 novembre 1958, les droits et libertés constitutionnels invoqués ayant été consacrés de longue date par le Conseil constitutionnel, qui en fait couramment application.

Il nous faut encore toutefois, avant d'en venir à l'examen du caractère sérieux des griefs de constitutionnalité, vous entretenir d'un dernier sujet qui tient à ce que les dispositions législatives critiquées transposent une directive européenne, en l'occurrence la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 modifiant les directives dites « recours », 89/665/CEE pour les pouvoirs adjudicateurs et 92/13/CEE du 25 février 1992 pour les entités adjudicatrices.

En effet, depuis une décision *Kamel Daoudi*[3], le Conseil constitutionnel, dans le prolongement de ses jurisprudences « *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* » et « *Loi DADVSI* »[4], se refuse à contrôler la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive de l'Union européenne, en l'absence de mise en cause d'une règle ou d'un principe qui, ne trouvant pas de protection équivalente dans le droit de l'Union européenne, est inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Et vous en avez tiré les conséquences en jugeant à votre tour qu'une QPC dirigée contre de telles dispositions législatives n'est pas au nombre de celles qu'il vous appartient de transmettre au Conseil constitutionnel, en l'absence de mise en cause d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France (CE, 14 septembre 2015, *Société NotreFamille.com*, n° 389806, T. pp. 576-848).

Au cas d'espèce, il est clair que l'identité constitutionnelle de la France n'est pas en jeu, le droit à un recours juridictionnel effectif et le principe d'égalité trouvant dans l'ordre juridique

---

à connaître depuis de dispositions de cette ordonnance, il ne s'agissait que d'autres dispositions, celles figurant à l'article 16 et relatives aux pouvoirs du juge du référé contractuel judiciaire (CC, 2 octobre 2020, n° 2020-857 QPC, *Société Bâtiment mayennais*).

[3] CC, 17 décembre 2010, n° 2010-79 QPC, M. *Kamel D.*

[4] CC, 10 juin 2004, n° 2004-496 DC, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN)* ; CC, 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (DADVSI)*.

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.

de l'UE une protection équivalente à celle dont ils jouissent dans notre Constitution[5]. Il vous faut donc déterminer si les dispositions législatives critiquées se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises de la directive 89/665, telle que modifiée par la directive 2007/66.

Ce n'est, selon nous, clairement pas le cas en ce qui concerne le second alinéa de l'article L. 551-14 du CJA, qui ferme la voie du référé contractuel au requérant ayant déjà formé au préalable un référé précontractuel, dès lors que le pouvoir adjudicateur avait bien suspendu sa signature à la suite de l'introduction du référé précontractuel. A cet égard, le paragraphe 1 de l'article 2 quinquies de la directive prévoit certes qu'il faut, lorsque le pouvoir adjudicateur a méconnu l'obligation de suspension et si certaines conditions sont remplies, annuler le contrat. Mais ces dispositions de la directive ne font que prévoir qu'un recours contractuel doit être ouvert en pareil cas et que le juge saisi d'un tel recours doit pouvoir annuler le contrat. En revanche, elles n'imposent pas aux Etats membres, de façon symétrique, de fermer le référé contractuel aux requérants qui ont pu saisir le juge du référé précontractuel, lorsque le pouvoir adjudicateur a bien respecté l'obligation de suspension, et ce contrairement à d'autres dispositions de la directive[6] qui, elles, imposent bien, dans certains cas de figure et sous certaines conditions, qu'un marché ne puisse pas être « *déclaré dépourvu d'effets* ». Le choix de fermer le référé contractuel lorsque le pouvoir adjudicateur a bien respecté l'obligation de suspendre sa signature nous paraît donc relever du pouvoir discrétionnaire des États membres, ainsi que le confirme d'ailleurs, l'article 2, paragraphe 7, de la directive[7]. Le second alinéa de l'article L. 551-14 du CJA ne se borne donc pas à transposer des dispositions inconditionnelles et précises de la directive, il ajoute une règle qui n'est ni imposée ni exclue par celle-ci.

On peut davantage hésiter en ce qui concerne l'article L. 551-4, qui dispose que, lorsqu'un référé précontractuel est formé, « *le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle* ». Cet article, à première vue, n'ajoute rien aux dispositions du paragraphe 3 de l'article 2 de la directive, qu'il vise à transposer et que nous vous citons : « *Lorsqu'une instance de premier ressort, indépendante du pouvoir adjudicateur, est saisie d'un recours*

[5] Voir notamment, pour le droit au recours juridictionnel effectif, l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux (et la jurisprudence abondante de la CJUE), et CC, 28 janvier 2022, n° 2021-966 QPC, *M. Cédric L. et autre* ainsi que, pour le principe d'égalité devant la loi, CE, Assemblée, 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique*, n° 287110, p. 55, et CC, 26 juillet 2018, n° 2018-768 DC.

[6] L'article *2 quinquies*, paragraphes 4 et 5.

[7] Son premier alinéa renvoie en effet au droit national le soin de déterminer les pouvoirs du juge sur le contrat conclu, c'est-à-dire, en France, du juge du référé contractuel, « *dans les cas autres que ceux prévus aux articles 2 quinquies à 2 septies* ». Son second alinéa ajoute que « *sauf si une décision doit être annulée préalablement à l'octroi de dommages et intérêts, un État membre peut prévoir que, après la conclusion du contrat intervenue conformément à l'article 1er, paragraphe 5, au paragraphe 3 du présent article [c'est-à-dire après qu'a été respectée la suspension résultant de la saisine du juge du référé précontractuel] ou aux articles 2 bis à 2 septies, les pouvoirs de l'instance responsable des procédures de recours se limitent à l'octroi de dommages et intérêts à toute personne lésée par une violation.* »

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.

portant sur la décision d'attribution du marché, les États membres s'assurent que le pouvoir adjudicateur ne peut conclure le marché avant que l'instance de recours statue soit sur la demande de mesures provisoires soit sur le recours (...)». Et il ne semble pas non plus ajouter quoique ce soit à la précision, apportée par le paragraphe 4 du même article 2 de la directive, selon laquelle un tel « *recours portant sur la décision d'attribution du marché* » doit « *nécessairement* » avoir un « *effet suspensif automatique* » sur la procédure de passation du marché. Si l'on s'en tient à sa seule lettre, donc, on peut avoir le sentiment que l'article L. 551-4 du CJA se borne à recopier peu ou prou la directive. Mais, comme nous vous l'avons dit, la QPC critique moins la lettre de l'article L. 551-4 que la « *portée effective* » que votre « *interprétation jurisprudentielle constante* » lui donne[8], ainsi d'ailleurs que l'admet le Conseil constitutionnel. Et, comme nous vous le rappelions il y a quelques minutes, c'est effectivement votre jurisprudence qui a précisé que l'obligation de suspendre la signature du contrat en cas de référé précontractuel ne court pas à compter de l'enregistrement de ce référé au greffe du tribunal administratif mais à compter du moment où l'acheteur public a été informé de ce référé.

Or, en apportant cette précision jurisprudentielle, nous ne croyons pas que vous vous soyez contentés de tirer les conséquences nécessaires de la directive sans rien y ajouter. En effet, les dispositions de la directive que nous vous avons lues obligent certes les autorités françaises à s'assurer de ce qu'un marché ne soit pas signé avant la fin de l'instance quand un référé précontractuel a été formé contre lui, mais elles ne sont guère précises quant au point de départ de l'interdiction de signature, qui vaut seulement « *lorsqu'une instance (...) indépendante (...) est saisie* ». Et elles ne précisent pas non plus par quelle méthode les Etats membres doivent s'assurer de ce que cette interdiction sera respectée en pratique. Or, concrètement, pour qu'un pouvoir adjudicateur s'abstienne de signer le marché, il faut bien qu'il soit averti du recours et il faut donc organiser les conditions de son information. Bref, il nous semble que la directive, qui n'est à cet égard ni précise ni inconditionnelle, laissait bien aux Etats membres une petite marge d'appréciation quant à la définition du point de départ de l'interdiction de signature et au choix des procédures à instaurer pour traduire dans les faits cette interdiction.

Précisons, d'ailleurs, que nous ne croyons pas que le droit français, tel que votre jurisprudence l'a précisé depuis une quinzaine d'années, méconnaisse le droit de l'UE. Nous ne voyons, pour notre part, pas de contrariété entre l'article L. 551-4 du CJA tel que vous l'avez interprété et les dispositions de la directive que nous vous avons présentées, surtout si l'on rappelle qu'il ne tient qu'à l'auteur d'un référé précontractuel, tenu par l'article R. 551-1 de notifier son recours au pouvoir adjudicateur, d'informer l'acheteur de son recours en même temps qu'il le dépose au tribunal administratif, de manière à bloquer sans délai la signature du contrat. Et nous ne croyons pas que le récent arrêt *CROSS Zlín* du 18 janvier 2024 (C-303/22),

[8] C'est en effet en tenant compte de « *la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante* » lui confère que le Conseil constitutionnel apprécie la constitutionnalité de la loi (décision n° 2010-52 QPC du 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau* ; décision n° 2010-96 QPC du 4 février 2011, *M. Jean-Louis de L.*)

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.

par lequel la CJUE a, pour la première fois, eu l'occasion d'interpréter l'article 2, paragraphe 3, de la directive, soit de nature à remettre en cause notre conviction.

Mais, en tout état de cause, que votre jurisprudence sur l'article L. 551-4 précise le paragraphe 3 de l'article 2 de la directive – ce que nous croyons – ou qu'elle le contredise – ce que nous ne croyons pas – il est à nos yeux certain qu'elle ne se borne pas à en tirer les conséquences nécessaires, de sorte que la QPC, en tant qu'elle porte sur cet article comme en tant qu'elle porte sur le second alinéa de l'article L. 551-14, est bien de celles dont le Conseil constitutionnel pourrait connaître sans décliner sa compétence.

Ceci étant précisé, la décision que vous rendrez n'aura pas forcément à se prononcer sur ce point si vous estimez que la QPC n'est de toute façon pas sérieuse et que vous refusez de la renvoyer pour ce motif. Il nous faut donc, désormais, passer à l'examen du caractère sérieux des griefs de constitutionnalité.

La société Thingslog invoque tout d'abord, à l'encontre de « l'angle mort » qu'elle dénonce, le droit à un recours juridictionnel effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Elle fait ainsi valoir que les dispositions législatives qu'elle critique, telles que vous les avez interprétées, priveraient de tout recours utile le candidat évincé d'une procédure de passation lorsque le contrat a été signé postérieurement à l'introduction de sa requête en référé précontractuel mais avant que cette requête ait été notifiée ou communiquée au pouvoir adjudicateur.

Mais nous pensons que cette critique n'est pas sérieuse. Trois arguments nous déterminent en ce sens.

Le premier est que, comme nous l'avons déjà évoqué, l'auteur du référé précontractuel a tout à fait les moyens de bloquer la signature du contrat, ou de s'ouvrir la voie du référé contractuel en cas de signature prématurée, s'il notifie son recours à l'acheteur public en même temps qu'il le dépose au tribunal administratif ou, du moins, rapidement. Rappelons en outre que vous avez jugé que cette notification à l'acheteur public produit pleinement son effet suspensif lorsqu'elle est faite « *par des moyens de communication permettant d'assurer la transmission d'un document en temps réel* », c'est-à-dire par télécopie ou par courriel, et ce à toute heure, puisqu'il importe seulement que la personne publique ait reçue l'information, pas qu'elle en ait pris effectivement connaissance. Ainsi, s'il existe bien un « angle mort », pour les référés précontractuel et contractuel, lorsque le contrat est signé entre le moment de l'introduction du référé précontractuel et celui où la personne publique est informée de l'existence de ce recours, cet « angle mort » ne résulte pas tant des articles L. 551-4 et L. 551-14 du CJA et de votre jurisprudence que de la carence des requérants, à qui il incombe de faire preuve de diligence pour s'acquitter de leur obligation de notifier leur recours.

Le deuxième argument est que, si le Conseil constitutionnel a déjà censuré des dispositions qui privent un requérant de tout recours contre une décision emportant des conséquences

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.

particulières[9] ou qui ne lui offrent qu'un recours dénué de toute efficacité[10], il reconnaît en revanche au législateur la possibilité de restreindre le droit à un recours juridictionnel effectif afin d'en assurer la conciliation avec d'autres exigences constitutionnelles[11] ou des objectifs d'intérêt général. Dans sa décision n°2020-857 QPC du 2 octobre 2020, *Société Bâtiment mayennais*, le Conseil constitutionnel a ainsi jugé qu'« *en limitant les cas d'annulation des contrats de droit privé de la commande publique aux violations les plus graves des obligations de publicité et de mise en concurrence, le législateur a entendu éviter une remise en cause trop fréquente de ces contrats après leur signature et assurer la sécurité juridique des relations contractuelles. Il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général ».* On peut donc penser, de la même façon, qu'en subordonnant à l'information de l'acheteur public l'obligation de suspendre la signature du contrat, et en fermant en conséquence le référé contractuel lorsque cette suspension n'a pas pu commencer à courir en raison du délai mis par le requérant à informer la personne publique de son recours, le « *législateur a entendu éviter une remise en cause trop fréquente de ces contrats après leur signature* », ménageant ainsi un équilibre satisfaisant entre sécurité juridique et droit au recours. D'ailleurs, dans sa décision *Société Bâtiment mayennais*, le Conseil constitutionnel n'a pas vu de difficulté au fait que l'acheteur ne soit pas toujours tenu d'informer les candidats évincés de l'attribution du contrat non plus que d'observer un délai de *standstill*, et ce alors même que l'absence de cette information et l'absence de *standstill* sont encore plus susceptibles de faire obstacle à l'exercice d'un recours que votre jurisprudence sur le point de départ de l'obligation de suspendre la signature.

Enfin, notre troisième argument est que, pour apprécier la conformité de dispositions législatives au droit à un recours juridictionnel effectif, le Conseil prend en compte non pas seulement la voie de recours qui lui est soumise, mais l'ensemble des voies qui sont ouvertes[12]. Or, un concurrent évincé d'une procédure de passation qui n'a pu utilement former un référé précontractuel ou un référé contractuel dispose toujours de la possibilité de contester la validité du contrat après sa signature en formant un recours « *Tarn-et-Garonne* »[13].

Quant au second grief de constitutionnalité, il est tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi. Selon la société requérante, les dispositions législatives critiquées,

---

[9] Par exemple CC, 14 juin 2013, n° 2013-314 QPC

[10] Par exemple CC, 24 mai 2016, n° 2016-543 QPC, *Section française de l'observatoire international des prisons*

[11] CC, 13 août 1993, n° 93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 63. Voir aussi CC, 13 mai 2011, n° 2011-129 QPC, *Syndicat des fonctionnaires du Sénat*, cons. 4 ; ainsi que les décisions n° 93-335 DC, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction* ; n° 2019-794 QPC du 28 juin 2019, *Union syndicale des magistrats administratifs et autre* ; n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, *Loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*.

[12] Voir par exemple les décisions n° 2012-288 QPC du 17 janvier 2013, *Consorts M.* ; n° 2017-672 QPC du 10 novembre 2017, *Association Entre Seine et Brotonne et autre* ; n° 2019-795 QPC du 5 juillet 2019, *Commune de Sainte-Rose et autre*

[13] CE, Assemblée, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n° 358994, p. 70

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.

telles que vous les avez interprétées, instaureraient une différence de traitement entre les candidats évincés d'une procédure de passation, selon qu'ils ont, ou non, préalablement exercé un référé précontractuel dès lors que celui qui n'a pas formé de référé précontractuel préalable pourrait agir en référé contractuel alors que cette voie de droit est fermée à celui qui a formé un référé précontractuel mais qui s'est heurté à la signature du contrat entre l'introduction de son référé et l'information de la personne publique.

Nous pensons toutefois que ce grief n'est pas plus sérieux que le précédent.

En effet, contrairement à ce que semble soutenir la société Thingslog France, le référé contractuel n'est pas ouvert à tous ceux qui n'ont pas formé de référé précontractuel, mais seulement à ceux qui ont été privés de la possibilité de présenter utilement un recours précontractuel pour des raisons indépendantes de leur volonté, soit que le comportement de la personne publique les ait empêché d'introduire un tel recours en temps utile[14], soit que la personne publique ait signé le contrat en dépit du caractère suspensif du référé précontractuel ou en méconnaissance de la décision du juge des référés.

Autrement dit, le référé contractuel n'a pas été conçu comme une voie de rattrapage pour ceux qui, délibérément, n'ont pas introduit de référé précontractuel : il est fermé aussi bien à ceux qui ont engagé un référé précontractuel qu'à ceux qui auraient pu former un tel recours et ne l'ont pas fait, l'objectif du législateur étant de privilégier la contestation de la procédure de passation avant la signature du contrat, de manière à assurer la sécurité juridique des relations contractuelles – nous reprenons là, une fois encore, les termes de la décision *Société Bâtiment mayennais*.

Ainsi, la véritable différence de traitement instaurée par la loi, telle que vous l'avez interprétée, n'est pas, contrairement à ce que soutient la société Thingslog, entre celui qui a préalablement formé un référé précontractuel et celui qui ne l'a pas fait. Elle est entre, d'une part, le requérant qui a introduit son référé précontractuel et l'a notifié simultanément à la personne publique, lequel sera recevable à former un référé contractuel si jamais le contrat est signé, et, d'autre part, le requérant qui a introduit le même recours mais a tardé à le notifier et

[14] C'est-à-dire :
- soit que l'autorité adjudicatrice ait manqué à son obligation d'information des concurrents évincés, concernant le rejet de leur offre (CE, 10 novembre 2010, *France Agrimer*, n°340944, aux Tables) ou le délai de *standstill* (CE, 24 juin 2011, *Office public de l'habitat interdépartemental de l'Essonne, du Val d'Oise et des Yvelines et Société Seni*, n°346665, 346746, aux Tables, en cas d'absence d'information ; CE, 17 juin 2015, *Société Proxiserve*, n°388457, aux Tables, en cas de notification indiquant un délai inférieur au délai minimum) ;
- soit qu'elle n'ait pas respecté ce délai de *standstill* (sauf si le référé précontractuel a été introduit postérieurement au délai que s'était fixé l'administration : CE, 24 mai 2017, *Ville de Paris*, n° 407047, aux Tables) ;
- soit encore, pour les procédures non formalisées, parce que le pouvoir adjudicateur n'a pas voulu fermer « manuellement » le référé précontractuel par la publication d'un avis d'attribution au JOUE et le respect d'un délai de *standstill* (CE, 19 janvier 2011, *Grand port maritime du Havre*, n°343435, au Recueil)

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.

a ainsi permis à la personne publique de signer le contrat alors qu'elle était dans l'ignorance de son recours, qui, lui, ne sera pas recevable à introduire ensuite un référé contractuel.

Mais, ces deux requérants sont dans des situations différentes, tenant à leur comportement inégalement diligent quant à la notification de leur recours. Et cette différence de situation justifie bien, au regard du principe d'égalité, la différence de traitement, laquelle nous paraît en rapport direct avec l'objet de la loi qui, comme nous vous l'avons dit, est de privilégier la contestation avant la signature du contrat plutôt que l'annulation du contrat lui-même.

Si vous nous suivez, vous jugerez donc que la QPC, qui n'est pas nouvelle, ne présente pas un caractère sérieux. Et vous pourrez, par suite, refuser de renvoyer cette QPC au Conseil constitutionnel et regarder comme dénué de sérieux le moyen tiré de l'inconstitutionnalité des articles L. 551-4 et L. 551-14 du CJA.

Quant aux autres moyens du pourvoi, ils ne vous retiendront guère.

Le juge des référés n'a bien évidemment pas commis d'erreur de droit en retenant que l'obligation de suspendre la signature du contrat en cas d'introduction d'un référé précontractuel ne pèse sur le pouvoir adjudicateur qu'à compter du moment où il a été informé de l'existence de ce référé précontractuel, puisqu'il s'agit là de la simple reprise de votre jurisprudence.

Et on ne saurait sérieusement lui reprocher d'avoir fait application de cette jurisprudence sans répondre au moyen tiré de ce qu'elle méconnaissait l'article 6 de la CEDH. La société Thingslog, dans ses écritures devant le juge des référés, avait effectivement mentionné l'article 6 de la CEDH, mais elle n'avait pas excipé de l'inconventionnalité des articles L. 551-4 et L. 551-14 du CJA : sa référence à la CEDH n'était en réalité qu'un argument au soutien de l'interprétation du droit national qu'elle défendait. En donnant son interprétation des articles L. 551-4 et L. 551-14 du CJA, le juge des référés a donc suffisamment motivé son ordonnance.

Quant au dernier moyen, il est tiré de ce que la procédure suivie devant le juge du référé contractuel aurait été irrégulière, celui-ci ayant rendu son ordonnance sans tenir au préalable une audience publique. Mais nous pensons que ce moyen n'est pas plus sérieux que les précédents, par analogie avec ce que vous jugez de longue date à propos du référé précontractuel.

En référé précontractuel, en effet, le principe est bien qu'une audience publique doit être organisée pour permettre aux parties de présenter des observations orales à l'appui de leurs observations écrites. (CE, Assemblée, 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, n° 141633, au Recueil). Mais, par dérogation à ce principe, vous avez admis la possibilité pour le juge du référé précontractuel de constater, sans audience publique préalable, sur le fondement de l'article R. 222-1 du CJA et pour autant que les conditions d'application de cet article soient

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.

remplies, qu'il n'y a plus lieu de statuer sur la requête du fait de la signature du contrat (CE, 30 juin 1999, *S.A. Groupe Partouche*, n°203135, T. p. 949). Et vous avez ensuite élargi cette possibilité, au-delà même de l'article R. 222-1 du CJA, à tous les juges du référé précontractuel, qui peuvent tous, sans audience publique, constater qu'il n'y a plus lieu de statuer sur la requête ou la rejeter comme irrecevable, en raison de la signature du contrat (CE, 7 mars 2005, *Société Grandjouan-Saco*, n°270778, p. 96).

Sauf erreur de notre part, vous n'avez encore jamais eu l'occasion de décliner explicitement cette jurisprudence au cas du référé contractuel, mais la déclinaison nous semble évidente : nous ne voyons rien qui ferait obstacle à ce que le juge du référé contractuel, comme son homologue saisi d'un référé précontractuel, puisse, sans audience publique, rejeter une requête comme irrecevable, y compris lorsque cette irrecevabilité est fondée sur le second alinéa de l'article L. 551-14 du CJA.

PCMNC :

- à ce qu'il n'y a pas lieu de lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par la société Thingslog France ;
- et à ce que le pourvoi de cette société ne soit pas admis.

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.