

# Revue

Lexbase Hebdo édition publique n°257 du 6 septembre 2012

[Marchés publics] Questions à...

## Le juge du référé contractuel demeure compétent pour connaître d'un contrat public conclu et exécutable à l'étranger — Questions à Maître Thibaut Adeline-Delvolvé, Cabinet Citylex Avocats, chargé d'enseignement à l'UVSQ

N° Lexbase: N3295BT9



par Yann Le Foll, Rédacteur en chef de Lexbase Hebdo — édition publique

Réf.: CE 2° et 7° s-s-r., 29 juin 2012, n° 357 976, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A0651IQ8)

Dans une décision rendue le 29 juin 2012, le Conseil d'Etat a dit pour droit qu'un contrat conclu à l'étranger pour être exécuté hors du territoire français reste soumis aux principes fondamentaux de la commande publique. Un tel contrat, s'il n'est pas soumis au Code des marchés publics dès lors qu'il a été conclu à l'étranger pour être exécuté hors du territoire français, est, cependant, soumis aux principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats et à la règle de transparence des procédures qui en découle. Dès lors que ce contrat entre dans les catégories énumérées à l'article L. 551-1 du Code de justice administrative (N° Lexbase : L1591IEN), auquel se réfère l'article L. 551-14 du même code (N° Lexbase : L1603IE4), le juge du référé contractuel peut être valablement saisi des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise sa passation. La Haute juridiction a, toutefois, précisé que ne pas communiquer les motifs du rejet de l'offre et ne pas respecter de "délai raisonnable" entre la notification du rejet et la signature du contrat ne constituent pas des manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence. Pour faire le point sur la question du traitement des contrats conclus à l'étranger et exécutés hors du territoire français, Lexbase Hebdo — édition publique a rencontré Thibaut Adeline-Delvolvé, avocat spécialiste en droit public, Cabinet Citylex Avocats, chargé d'enseignement à l'Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, membre associé du Centre de recherches Versailles Institutions Publiques (E.A. 3643).

## Lexbase : Pouvez-vous nous rappeler les faits de l'espèce ?

**Thibaut Adeline-Delvolvé** : Le consulat général de France à Tunis avait lancé un appel à candidatures en vue de confier à un prestataire extérieur certaines tâches matérielles liées à la collecte des dossiers de demandes de visa. Il a finalement attribué le contrat à la société X et a rejeté, notamment, l'offre de la société Y. La société évincée avait d'abord saisi le juge des référés du tribunal administratif de Paris d'une requête en référé précontractuel sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative. Mais, en cours d'instruction, il est apparu que le contrat avait déjà été conclu. La société requérante a alors saisi le juge des référés d'une requête en référé contractuel sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-13 du même code (N° Lexbase : L1581IEB).

On sait que le champ de compétences du juge des référés n'est pas le même selon qu'il est saisi en référé précontractuel (CJA, art. L. 551-1) ou en référé contractuel (CJA, art. L. 551-13). La jurisprudence "Grand port maritime du Havre" (CE 2° et 7° s-s-r., 19 janvier 2011, n° 343 435, publié au recueil Lebon N° Lexbase : A1573GQC) est venue interpréter de manière restrictive la portée de l'article L. 551-13 en considérant *"qu'en ce qui concerne l'ensemble des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5 (N° Lexbase : L1572IEX), les manquements susceptibles d'être utilement invoqués dans le cadre du référé contractuel sont, comme les sanctions auxquelles ils peuvent donner lieu, limitativement définis aux articles L. 551-18 (N° Lexbase : L1598IEW) à L. 551-20 du même code [...] ainsi, le juge des référés ne peut prononcer la nullité mentionnée à l'article L. 551-18 -c'est-à-dire annuler le contrat— ou, le cas échéant, prendre les autres mesures prévues aux articles L. 551-19 (N° Lexbase : L6357IQI) et L. 551-20 (N° Lexbase : L1585IEG), que dans les conditions prévues à ces articles"*.

Il semble pourtant que la vocation initiale du référé contractuel était bien de constituer une sorte de "parachute de secours", utile si le parachute principal (le référé précontractuel) n'avait pas rempli son office pour des raisons qui échapperaient à la volonté du requérant et tiendraient au comportement "voyou" de l'acheteur public. Depuis l'arrêt du 19 janvier 2011, une société requérante pourrait -on le déplore— se trouver dans l'hypothèse où sa requête en référé précontractuel, quoique bien fondée, fasse l'objet d'un non-lieu en raison de la signature intempestive du contrat en cours d'instruction et où la requête en référé contractuel formée dans la foulée soit, quant à elle, rejetée au seul motif que les violations des obligations de publicité ou de mise en concurrence qui sont commises au cas d'espèce étaient incluses dans le champ de l'article L. 551-1 mais ne le sont plus dans celui de l'article L. 551-13.

Au cas d'espèce, il appartenait donc au juge de vérifier si des violations étaient commises. Mais sans aller jusqu'à rechercher si l'administration avait commis des violations qui sont dans le champ du référé contractuel, le juge des référés avait rejeté la requête au motif que le contrat, étant conclu à l'étranger pour être exécuté hors du territoire français, n'entrait pas dans le champ d'application du Code des marchés publics. L'administration pouvait donc s'exonérer de toute formalité. La requête devait donc être rejetée.

La société Y a formé un pourvoi en cassation contre cette ordonnance. Le Conseil d'Etat rejettera, également, la demande mais pas au même stade du raisonnement. Il a considéré que le juge du référé contractuel pouvait être valablement saisi des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation du contrat en cause. En effet, il déclare *"que le contrat litigieux a pour objet de confier à un prestataire de services les tâches matérielles liées à la collecte des dossiers de demandes de visa en contrepartie d'un prix [...] un tel contrat de prestations de services est au nombre de ceux dont le juge du référé précontractuel peut connaître, en vertu de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative [...] ce contrat, s'il n'est pas soumis au Code des marchés publics dès lors qu'il a été conclu à l'étranger pour être exécuté hors du territoire français, est, cependant, soumis aux principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats et à la règle de transparence des procédures qui en découle"*.

En revanche, il estime que l'information sur les critères d'attribution avait été suffisamment portée à la connaissance des candidats, d'une part, et que les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats, ainsi que la règle de transparence des procédures qui en découle, n'imposaient aux pouvoirs adjudicateurs ni d'indiquer aux candidats évincés les motifs du rejet de leurs offres, ni de respecter un délai raisonnable entre la notification de ce rejet et la conclusion du contrat, d'autre part. La requête devait donc être rejetée, pour ces motifs. Ce raisonnement implique, d'une part, l'application de la loi française à un contrat conclu à l'étranger pour être conclu en dehors du territoire français et, d'autre part, la compétence du juge administratif.

## Lexbase : Quel raisonnement le Conseil adopte-t-il pour qualifier le contrat en cause de contrat administratif ?

**Thibaut Adeline-Delvolvé** : Le juge des référés du tribunal administratif de Paris, comme le Conseil d'Etat, ont jugé que le contrat revêtait un caractère administratif. Le Conseil d'Etat avait, il faut le rappeler, récemment limité la portée de la loi dite "MURCEF" du 11 décembre 2001 (loi n° 2001-1168, portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier N° Lexbase : L0256AWE) dont il ressort, dans son article 2, que *"les marchés*

*passés en application du Code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs". Il avait souligné, dans son arrêt "OPAC du Rhône" que, même si un contrat était passé en application du Code des marchés publics, si ce contrat ne relevait pas de son champ d'application, alors il ne pouvait être considéré comme administratif par détermination de la loi (CE, Sect., 3 juin 2009, n° 324 405, mentionné aux tables du recueil Lebon N° Lexbase : A7260EHD).*

Ici, le Conseil d'Etat estime que le Code des marchés publics n'était pas applicable à ce contrat, étant donné qu'il a été conclu à l'étranger pour être exécuté hors du territoire français. Il fait ici une application de sa jurisprudence classique dont il résulte que les contrats conclus par les services de l'Etat à l'étranger sont, à défaut de dispositions législatives ou réglementaires contraires, régis par la loi choisie par les parties, selon un choix exprès ou qui doit résulter de façon certaine des stipulations du contrat. A défaut, ces contrats sont régis par la loi du pays où ils sont exécutés. Dès lors que la loi française est applicable, il convient, selon la jurisprudence "Bizeau" de faire application des règles classiques permettant de déterminer la compétence juridictionnelle (CE, Sect., 13 février 2002, n° 221 982, mentionné aux tables du recueil Lebon N° Lexbase : A1658AY3).

Une fois déterminée l'application de la loi française à ce contrat (conclu après avis des ministres des Affaires étrangères et de l'Intérieur dans les conditions prévues par le Règlement (CE) du 13 juillet 2009, établissant un code communautaire des visas N° Lexbase : L7320IET), le Conseil d'Etat a donc recherché si les juridictions de l'ordre administratif étaient compétentes. Il relève que le contrat comporte des clauses exorbitantes du droit commun, notamment en ce qui concerne le droit permanent de visite et de contrôle de l'administration et la possibilité de résiliation unilatérale au bénéfice de l'administration. Il en déduit l'existence d'un contrat administratif selon sa jurisprudence "Société des granits porphyroïdes des Vosges" désormais centenaire (CE, Ass., 31 juillet 1912, n° 30 701, publié au recueil Lebon N° Lexbase : A6681A7L).

**Lexbase : Il en déduit ensuite qu'un contrat public conclu et exécutable à l'étranger peut faire l'objet d'un référé contractuel. Cette décision vous paraît-elle justifiée ?**

**Thibaut Adeline-Delvolvé** : Cet arrêt vient compléter et affiner le régime encore en construction de la compétence du juge administratif français à l'égard des contrats internationaux. Dans sa décision "INSERM", le Tribunal des conflits a récemment jugé *"que le recours formé contre une sentence arbitrale rendue en France, sur le fondement d'une convention d'arbitrage, dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger, exécuté sur le territoire français, mettant en jeu les intérêts du commerce international, fût-il administratif selon les critères du droit interne français, est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue, conformément à l'article 1505 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L2213IPN), ce recours ne portant pas atteinte au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires [...] il en va cependant autrement lorsque le recours, dirigé contre une telle sentence intervenue dans les mêmes conditions, implique le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique et applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public [...] ces contrats relevant d'un régime administratif d'ordre public, le recours contre une sentence arbitrale rendue dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un tel contrat relève de la compétence du juge administratif"* (T. confl., 17 mai 2010, n° 3754 N° Lexbase : A3998EXD) (1).

Dans cette décision, le Tribunal des conflits a assez largement admis la compétence du juge judiciaire pour connaître du recours formé contre une sentence arbitrale, même à l'égard d'un contrat administratif. Il avait seulement réservé au seul juge administratif ce contentieux dans le cas où il présenterait à juger des questions tenant à l'application des règles impératives du droit public français. Au nombre de ces règles impératives, figuraient celles qui régissent la commande publique. En revanche, dans son arrêt "Société internationale de bâtiment et de génie civil", le Conseil d'Etat avait décliné l'application de la loi française à l'égard d'un contrat, signé et exécuté au Mali, qui avait pour objet la construction à Bamako d'une école destinée à former les officiers de nationalité malienne au maintien de la paix, et qui avait été conclu, dans le cadre de la coopération internationale militaire de défense, pour le compte des autorités maliennes, c'est à dire pour le compte d'une personne publique étrangère (CE 2° et 7° s-s-r., 7 octobre 2009, n° 311 360 N° Lexbase : A8621ELU). Faisant ici l'application de la théorie du mandat, il a considéré que la circonstance que le contrat soit passé par une personne morale de droit français était indifférente sur les règles applicables, dès lors qu'elle agissait au nom et pour le compte d'une personne morale de droit étranger (à rapprocher de l'arrêt n° 324 405 du 3 juin 2009 précité à l'égard du contrat passé par une personne publique au nom et pour le compte d'une personne privée, auquel ne s'applique donc pas le Code des marchés publics).

L'arrêt du Conseil d'Etat du 29 juin 2012 s'inscrit dans la continuité des arrêts précédents. Dès lors que sont en jeu des questions tenant à l'application des règles impératives du droit public français -et d'ailleurs européen— sur le respect des principes fondamentaux de la commande publique et que sont en jeu l'utilisation des deniers publics

---

français, il est sain qu'aucune brèche ne soit laissée ouverte, dont pourraient profiter, sans fondement, les acheteurs publics, fussent-ils localisés à l'étranger et qui pourrait constituer une faille dans le corpus aujourd'hui abouti des droits des entreprises vis à vis des acheteurs publics au stade de la passation, ceci par application de la Directive "Recours" du 11 décembre 2007 (Directive (CE) 2007/66 N° [Lexbase : L7337H37](#)).

**Lexbase : Au final, quelle est la portée essentiel de cet arrêt concernant les contrats non soumis au Code des marchés publics ?**

**Thibaut Adeline-Delvolvé** : Cet arrêt vient, également, renforcer l'idée selon laquelle un contrat impliquant l'utilisation des deniers publics, même s'il n'est pas soumis au Code des marchés publics, ni à aucun autre texte de droit interne, n'échappe pas au "droit commun de la commande publique" (2) et doit souffrir l'application des principes fondamentaux qui la régissent, dont s'inspirent les dispositions du Code des marchés publics. On regrette, cependant, qu'il crée une sorte de "sous-régime" dans le droit commun de la commande publique en ne faisant pas, par exemple, du délai de *standstill* une obligation cardinale à la charge des acheteurs publics. Cela est d'autant plus regrettable que le recours au référé contractuel a été restreint aux violations les plus graves. J'appelle de mes vœux une uniformisation de la jurisprudence, au moins sur le régime des marchés à procédure adaptée.

Mais retenons de cet arrêt que le Conseil d'Etat offre, ainsi, aux entreprises évincées un recours en confirmant le caractère large du champ d'application de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative qui vise, de manière ouverte les "*manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs*". Il n'y avait pas de raisons pour que le contrat conclu entre le consulat général de France à Tunis et la société tunisienne y échappât.

---

(1) Lire P. Delvolvé, RFDA, 2010, p. 971, P. Cassia, AJDA, 2010, p. 1564, et E. Gaillard, JCP éd. A, 2010, n° 585.

(2) Notion empruntée au Professeur Jean-David Dreyfus.