Note sous Tribunal administratif de La Réunion, ord. 19 octobre 2016, Société réunionnaise de bureautique, n° 1601022

Olivier Desaulnay

▶ **To cite this version:**

Olivier Desaulnay. Note sous Tribunal administratif de La Réunion, ord. 19 octobre 2016, Société réunionnaise de bureautique, n° 1601022. Revue juridique de l'Océan Indien, 2018, 25, pp.285-291. hal-02860387

HAL Id: hal-02860387

https://hal.univ-reunion.fr/hal-02860387

Submitted on 8 Jun 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

10.3. CONTRATS ET COMMANDE PUBLIQUE

Délai raisonnable de recours – Référé précontractuel – Décision individuelle d'éviction – Sélection des candidatures – Principe de sécurité juridique – Droit au recours

Tribunal administratif de La Réunion, ord. 19 octobre 2016, *Société réunionnaise de bureautique*, n° 1601022.

Olivier DESAULNAY, professeur de droit public à l'Université de La Réunion

Le *« droit administratif peut-il rester indéfiniment jurisprudentiel ? »* s'interrogeait en 1980 le Doyen Vedel dans un article resté célèbre[512]. L'ordonnance rendue le 19 octobre 2016 par le Tribunal administratif de La Réunion, dans le cadre d'un référé précontractuel introduit par la Société réunionnaise de bureautique (SRB), invite à conclure que le droit administratif est voué à demeurer éternellement l'œuvre irréductible de son juge. Le juge administratif dionysien offre au regard une parfaite manifestation du phénomène jurisprudentiel : dans un premier temps, il convoque dans le contentieux précontractuel la règle relative au délai raisonnable de recours limité désormais à un an établie par voie prétorienne dans le cadre du recours en excès de pouvoir par le Conseil d'État la même année[513] pour, dans un second temps, interpréter celle-ci en vue de l'adapter aux particularités de l'office du juge du référé précontractuel en réduisant à trois mois ledit délai raisonnable.

Les faits de l'espèce étaient simples. Le CHU de La Réunion avait engagé une procédure de dialogue compétitif, sous l'empire du Code des marchés publics alors en vigueur, pour attribuer un marché de mise en place et de maintenance de solution d'impression. Cette procédure restreinte de passation nécessitait que le pouvoir adjudicateur effectue, d'abord, la sélection des candidatures avant d'opérer celle des offres reçues. Candidate à l'attribution du marché, la SRB a été évincée de la consultation au stade de la sélection des candidatures et dûment informée de cette décision le 18

[512] G. VEDEL, « Le droit administratif peut-il rester indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE* 1979-1980, p.40 et s.
[513] CE, Ass., 13 juillet 2016, *Czabaj*, req. n° 387763.

avril 2016. Elle obtient rapidement, après réclamation, une confirmation de cette décision le 12 mai 2016. Puis, plus de quatre mois s'écoulent avant que la société dépose une requête en référé précontractuel le 19 septembre 2016. Cette dernière est rejetée comme tardive par le juge des référés au motif soulevé d'office que le délai raisonnable de saisine du juge ne peut, en matière de référé précontractuelle et conformément au principe de sécurité juridique, excéder un délai raisonnable de trois mois à compter de la date à laquelle le requérant a eu pleinement connaissance de la décision d'éviction et alors même que le juge a été saisi avant la conclusion du contrat.

On ne trouve évidemment pas trace dans le Code de justice administrative (CJA) d'une telle règle de recevabilité limitant à trois mois le délai pour intenter un référé précontractuel contre une décision d'éviction d'un candidat. Au contraire, c'est une tout autre prescription qui s'en dégage : seule l'intervention de la signature du contrat est susceptible de rendre la requête tardive conformément à l'article L. 551-1 du CJA et l'interprétation constante établie par le Conseil d'État depuis son arrêt *« CCI de Tarbes »,*[514] et ce même si le délai de suspension de la signature n'a pas été respecté[515]. La solution du Tribunal administratif n'est cependant pas créée *ex nihilo*. Il s'agit de la transposition-adaptation au contentieux précontractuel de la règle, tirée de l'arrêt d'Assemblée précité *Czabaj* selon laquelle, au nom de la protection du principe de sécurité juridique, le requérant ne dispose plus que d'un délai raisonnable de un an pour saisir la juridiction administrative d'un recours contre une décision individuelle notifiée au destinataire, mais dont les délais et voies de recours ont été omis[516]. Jusqu'à l'intervention de cet arrêt, il était admis, conformément à la lettre de l'article R. 421-5[517] du CJA que le recours contre une décision administrative, omettant la mention des délais et voies de recours, pouvait s'effectuer en tout temps devant la juridiction administrative compétente. C'est dire que la nouvelle règle, *contra legem*, opère un sérieux

[514] CE, 3 novembre 1995, *CCI de Tarbes et des Hautes-Pyrénées*, req. n° 157304
[515] CE, 7 mars 2005, *Société GRANDJOUAN-SACO*, req. n° 270778.
[516] Le Conseil d'État considère ainsi que « *si le non-respect de l'obligation d'informer l'intéressé sur les voies et délais de recours, ou l'absence de preuve qu'une telle information a bien été fournie, ne permet pas que lui soient opposés les délais de recours fixés par le code de justice administrative, le destinataire de la décision ne peut exercer le recours juridictionnel au-delà d'un délai raisonnable ; qu'en règle générale et sauf circonstances particulières dont se prévaudrait le requérant, ce délai ne saurait, sous réserve de l'exercice de recours administratifs pour lesquels les textes prévoient des délais particuliers, excéder un an à compter de la date à laquelle une décision expresse lui a été notifiée ou de la date à laquelle il est établi qu'il en eut connaissance* ».
[517] CJA, art. R. 421-5 : *« les délais de recours contre une décision administrative ne sont opposables qu'à la condition d'avoir été mentionnés, ainsi que les voies de recours, dans la notification de la décision ».*

rééquilibrage des droits au profit de l'administration défaillante. Une solution qui tranche avec la politique jurisprudentielle libérale qui animait la Haute juridiction jusqu'à présent, bien plus soucieuse d'offrir une voie de droit effective aux destinataires des décisions administratives[518]. Désormais, le Conseil d'État appréhende les effets de l'irrégularité de la notification, et notamment celle des voies et délais de recours, du point de vue du défendeur et non plus du requérant.

Toutefois, il paraît évident que l'ordonnance commentée ne s'en tient pas à la transposition mécanique de cette nouvelle règle au contentieux précontractuel. L'innovation jurisprudentielle par rapport à l'arrêt *Czabaj* est, en effet, double.

D'une part, l'effet de l'écoulement du délai raisonnable sur la recevabilité de la requête vaut désormais à l'égard d'une décision individuelle transmise à temps à un candidat et ne présentant aucun défaut d'information sur les voies et délais de recours contentieux. Il n'est donc plus question de réduire les effets négatifs d'une notification défectueuse sur l'allongement du délai de recours, mais, au contraire, d'une décision parfaitement régulière dont la contestation n'est pas perpétuelle.

D'autre part, le délai raisonnable est adapté aux particularités du contentieux précontractuel, passant de un an à trois mois. C'est sans doute en ce sens qu'il faut comprendre la mention des *« considérations d'urgence inhérentes à l'office du juge des référés »* qui implique, selon l'ordonnance, *« une définition particulière »* du délai raisonnable. En d'autres termes, la procédure du référé précontractuel étant, par définition, bornée dans le temps par la conclusion du contrat, le juge exerce son office dans une temporalité bien plus contrainte que celle du juge de l'excès de pouvoir. C'est dire que la requête en référé précontractuelle n'est plus seulement enfermée dans un délai conditionné par la seule intervention de la signature du contrat à l'issue de la procédure de passation, elle se voit opposer, dans

[518] L'administration ne pouvait se réfugier derrière l'absence de notification des voies et délais de recours pour retirer un acte au motif que celui-ci était toujours susceptible de recours (CE, Ass., 24 oct. 1997, *Mme de Laubier*, req. n° 123950, *Rec.*, p.371 ; *RFDA*, 1998, p. 527, concl. V. PECRESSE ; *AJDA*, 1998, p. 936, chron. T.-X. GIRARDOT et F. RAYNAUD) ; l'erreur dans l'indication des voies et délais de recours profite au destinataire (le délai plus court n'est pas opposable au requérant : CE, 22 oct. 2010, *Thiver*, req. n° 339363, *Rec.*, T., p. 893 ; le délai plus long profite au requérant : CE, 8 janv. 1992, *Masses*, req. n° 113114, *Rec.*, T., p. 1204 ; l'erreur sur le point de départ du délai profite au requérant : CE, 29 mars 2000, *Gluck*, req. n° 204611, *Rec.*, T., p. 1150 ; le délai équivoque n'est pas opposable au requérant : CE, 4 déc. 2009, *Ministre de l'Immigration c. Hammou*, req. n° 324284, *Rec.*, T., p. 781 et 884 ; *AJDA*, 2010, p. 555, note P. CAILLE ; *JCP adm.*, 2010, n° 1, p. 32, note L. DOMINGO).

l'hypothèse précise de l'information des candidats évincés dans une procédure restreinte de passation[519], une irrecevabilité pour tardiveté lorsque celle-ci a été déposée au-delà d'un délai de trois mois alors que la procédure de passation est encore loin d'être achevée par la conclusion du contrat.

Cette adaptation à la matière contractuelle de la décision *Czabaj* est audacieuse et révèle un certain réalisme de la part du juge des référés dionysien.

Il est, en effet, dans l'intérêt de l'acheteur public de voir purger rapidement la phase de sélection des candidatures de ses vices par une information appropriée des candidats évincés, plutôt que de risquer l'anéantissement de toute sa consultation, une fois l'attributaire du contrat désigné, par un recours d'un candidat qui n'aurait appris que tardivement son éviction. Dans le même sens, il est préférable pour le pouvoir adjudicateur et les opérateurs économiques soumissionnaires que la contestation d'une prétendue illégalité du rejet des candidatures intervienne le plus tôt possible afin de sécuriser le déroulement des étapes suivantes de la procédure de passation. C'est d'ailleurs probablement dans cet esprit qu'il faille comprendre les dispositions du I de l'article 29 du décret du 1er février 2016 relatif aux concessions et de l'article 99 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics qui indiquent dans des termes similaires que l'acheteur doit notifier sa décision à chaque candidat « *dès qu'*[il] *a fait son choix pour une candidature ou une offre* » (concessions) ou « *dès qu'il décide de rejeter une candidature ou une offre* » (marchés). La réduction du délai de recours précontractuel lorsque le candidat a été dûment informé de son éviction par le pouvoir adjudicateur tend donc à renforcer l'exigence de transparence des procédures et le contrôle de légalité de la phase de sélection des candidatures en invitant l'acheteur public à s'exposer le plus tôt possible au regard des candidats évincés ainsi qu'à celui du juge. En effet, *a contrario*, dans l'hypothèse d'un défaut d'information du candidat évincé ou d'une information tardive, la procédure de consultation ne sera plus à l'abri de l'exercice tardif d'un référé précontractuel. Mieux vaut prévenir que guérir, telle est la philosophie profonde du référé précontractuel. Et cette prévention doit intervenir le plus tôt possible afin de garantir la stabilité des situations contractuelles.

L'opérateur qui voit sa candidature rejetée à tout intérêt également à agir avec célérité dès qu'il a connaissance de son éviction, pour espérer que

[519] La solution ne vaut que pour une procédure restreinte de passation. Il est peu probable, en effet, qu'à la suite d'une procédure ouverte, sélection des candidatures et sélection des offres étant jointes, ou, en tout état de cause, à la suite de la sélection de l'attributaire, le pouvoir adjudicateur laisse s'écouler plus de trois mois pour signer le contrat.

le juge du référé précontractuel, dont l'office est de contrôler les motifs de rejet des candidatures[520], censure son éviction et contraigne le pouvoir adjudicateur à réexaminer sa candidature et, le cas échéant, l'admette à présenter une offre puis participer au dialogue ou à la négociation. Sur ce point, en l'espèce, le délai de quatre mois laissé par la société SRB entre la décision d'éviction et le dépôt de sa requête en référé n'est pas une stratégie des plus opportunes. Certes, la société requérante n'était pas en infraction avec l'état du droit positif qui lui laissait une grande latitude pour choisir le moment du dépôt de sa requête tout au long de la procédure de passation et jusqu'à la date butoir de la conclusion du contrat. Toutefois, cette attitude ne va-t-elle pas à rebours de l'effet utile du référé précontractuel qui se dégage aujourd'hui de la jurisprudence administrative ? À lire l'ordonnance commentée, c'est ce que le juge du référé précontractuel reproche au requérant, dont il est souligné le « *comportement inapproprié au regard du principe de sécurité juridique* » : avoir attendu que la procédure de passation soit quasiment achevée pour le saisir d'un recours qui, de toute façon, et jurisprudence *Smirgeomes* oblige, ne pouvait le conduire qu'à contester les motifs de son éviction au stade des candidatures, sans l'autoriser à développer quelque autre moyen que ce soit, nécessairement inopérant faute d'avoir pu le léser. Dit autrement, l'effet utile qui s'attache et qui doit s'attacher à cette voie de recours justifiait que le requérant agisse rapidement, ne serait-ce que pour garder une chance d'être admis à participer au dialogue.

Le juge ne censure-t-il finalement pas une forme d'abus de droit, voire de manquement à l'obligation de loyauté ? Ce ne serait pas la première fois que le juge administratif considère que le principe de loyauté des relations contractuelles peut trouver à s'appliquer avant la conclusion du contrat[521]. Même si l'ordonnance ne convoque pas explicitement ce principe, on peut sérieusement se demander ce que le requérant escomptait obtenir d'une saisine aussi tardive, alors qu'il avait eu toute latitude pour saisir le juge des référés si tôt son éviction connue le 18 avril 2016. Cette éviction l'avait d'ailleurs conduit à saisir dans un premier temps le pouvoir adjudicateur d'une « *réclamation* » à laquelle il lui avait été répondu assez rapidement, mais qui n'avait appelé de sa part aucune réaction immédiate.

La solution du tribunal, en s'inscrivant volontiers dans le sillon tracé par le précédent jurisprudentiel du Conseil d'État pour le creuser davantage,

[520] Voir par exemple CE, 17 juin 2015, *Commune de Montpellier*, req. n° 388596.
[521] Voir par exemple au cas particulier d'un marché de conception-réalisation et du versement de la prime : CE, 23 octobre 2013, *Société Bernard Leclerc Architectes*, req. n° 362437.

s'expose néanmoins aux critiques émises à l'égard de l'exercice illimité du pouvoir prétorien du juge.

Cette critique a été adressée à la décision *Czabaj* et grève tout autant celle des juges réunionnais. Si la considération suivant laquelle le juge est la *« bouche de la loi »* a sans doute quelque chose de suranné, l'audace sans cesse plus grande du Conseil d'État et, ici, d'un simple tribunal administratif devient inquiétante pour la sécurité juridique qu'elle entend pourtant garantir. Sans vouloir négliger l'intérêt du pouvoir d'interprétation du juge en cas d'obscurité, incohérence ou incomplétude du droit positif, force est de constater qu'en l'espèce le juge fait litière de tous les principes fondamentaux de notre État de droit en négligeant purement et simplement d'appliquer les lois et règlements codifiés, clairs et non équivoques. À cela s'ajoute que la nouvelle règle jurisprudentielle introduite par le tribunal est appliquée immédiatement au litige, impliquant sa rétroactivité là où le requérant avait pu nourrir une légitime certitude dans l'existence et la recevabilité d'une voie de droit ouverte par les textes[522].

Certes, un recours intenté 22 ans (cas de l'affaire *Czabaj*) après la notification de la décision individuelle faisant grief a de quoi laisser perplexe. Sans doute les hypothèses sont-elles nombreuses dans la matière contractuelle où l'excessive tardiveté d'un recours peut entraîner des conséquences passablement incompatibles avec l'intérêt général. De telles considérations ne doivent cependant pas occulter le fait qu'il est également d'intérêt général qu'un texte, qui fonde les requérants à exercer un recours dans une temporalité précise, ne soit pas sèchement neutralisé par la plume du juge. C'est bien du sacrifice de la sécurité juridique de l'administré, au profit de celle de l'administration, qu'il s'agit.

En outre, il pourrait être reproché à la solution des juges réunionnais son caractère potentiellement réversible au détriment direct de la légalité de la procédure de publicité et de mise en concurrence et des intérêts du candidat évincé. En effet, dans l'hypothèse où ce dernier, correctement informé de son éviction, n'agirait pas en temps utile, les illégalités susceptibles de grever la phase préalable de sélection des candidatures seraient couvertes par le simple écoulement du délai de trois mois. Situation qui pourrait donner lieu à l'ouverture d'un contentieux devant le juge de la validité du contrat par ce même requérant insuffisamment diligent. C'est sans doute pour éviter qu'une telle situation ne se présente que le juge fait le

[522] Le Conseil d'État a, quant à lui, expressément rejeté la possibilité d'user de son pouvoir de moduler les effets dans le temps de sa règle jurisprudentielle dans l'arrêt *Czabaj* sans que les motifs puissent emporter une parfaite adhésion et alors même que l'énormité des conséquences de l'introduction d'un nouveau délai de recours de un an parait évidente.

choix d'un délai encore suffisamment long (trois mois) et de réserver le cas de circonstances particulières qui restent à définir.

Il est enfin permis de douter de la liberté prise par le juge réunionnais avec la règle jurisprudentielle établie par le Conseil d'État. La position de ce dernier n'est-elle pas franchement dénaturée en l'espèce par le Tribunal administratif ? La limitation dans le temps des recours par l'exigence nouvelle d'un délai raisonnable de un an répond à une nécessité simple : borner plus strictement dans le temps un recours devenu perpétuel afin de garantir la sécurité juridique. Or, le référé précontractuel n'est pas indéfiniment ouvert comme l'est le recours en excès de pouvoir à l'encontre d'une décision individuelle à l'information défectueuse. Il faut insister sur le fait que, par définition, ce recours est arrêté précisément dans le temps par l'intervention de la signature du contrat qui oblige le juge à déclarer un non-lieu à statuer. Sur ce point, le juge réunionnais ne serait-il pas allé trop loin dans l'exercice de son pouvoir prétorien ? La question mérite d'être posée dans la mesure où, dans le même contexte, le Tribunal administratif de Paris[523] n'a pas retenu la même interprétation, considérant qu'un candidat évincé demeurait libre d'ouvrir une action en référé précontractuel tout au long de la procédure de passation et jusqu'à son achèvement.

En somme, « point trop n'en faut ». L'avertissement vaut tout autant pour le requérant, bénéficiant parfois d'un délai déraisonnablement long de recours, que pour le juge lorsqu'il use de son pouvoir prétorien de manière illimitée. Or, à la faveur d'un pourvoi en cassation formé contre une ordonnance ultérieure du même tribunal [524], réitérant l'innovation jurisprudentielle commentée, le Conseil d'État a cru bon de rappeler implicitement cette maxime au juge des référés réunionnais en l'annulant pour erreur de droit[525]. Reprenant ainsi la maîtrise du champ d'application de *sa* règle, la juridiction suprême s'attache à rappeler qu'il convient cette fois de s'en tenir à l'application scrupuleuse des textes législatifs et réglementaires. Ces derniers font du référé précontractuel un recours qui peut être exercé « *à tout moment de la procédure* » et ce jusqu'à « *la signature du contrat* » dans le but de *« prévenir l'introduction de recours remettant en cause le contrat lui-même après sa signature et alors qu'il est en cours d'exécution »*. Ni plus, ni moins, mais exactement.

[523] TA Paris, 21 avril 2017, *Société Extérion Média France*, req. n° 1704976.
[524] TA de La Réunion, 10 mai 2017, *société ECI*, req. n° 1700293.
[525] CE, 12 juillet 2017, *société ECI*, req. n° 410832.