



Le référé précontractuel judiciaire



Les marchés de droit privé passés par les pouvoirs adjudicateurs en application de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 peuvent désormais faire l'objet d'un référé précontractuel devant le juge civil selon une procédure aussi rapide et efficace que celle qui existe devant le juge administratif.

La procédure du référé précontractuel judiciaire vient en effet d'être très récemment toilettée sous la pression du juge communautaire¹ par l'ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009 puis par le décret n°2009-1456 du 27 novembre 2009. Le nouvel article 1441-1 du Code de procédure civile précise que « les demandes présentées en vertu des articles 2 à 20 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique sont formées, instruites et jugées comme en matière de référés ». Sont visés tous les marchés de droit privé lancés à compter du 1er décembre 2009. Fini donc l'obligation d'une mise en demeure préalable et les risques de course à la signature qui faisait perdre toute utilité à cette procédure contrairement à son homologue administratif. Saisi sur le fondement des dispositions de l'article L 1441-1 du CPC, le juge du référé précontractuel judiciaire peut donc sanctionner en urgence la violation par les pouvoirs adjudicateurs de leurs obligations en matière de publicité et de mise en concurrence dès lors qu'elles ont lésé ou sont susceptibles d'avoir lésé une société candidate. Encore méconnue de la majorité des entreprises, ignorée depuis son origine par la doctrine, le référé précontractuel judiciaire offre aujourd'hui un nouveau visage qui a toutes les chances de lui donner un succès identique à celui du référé précontractuel administratif en matière de marchés publics.

Une procédure qui se veut aussi rapide et efficace que son homologue administratif

Les marchés de droit privé régis par l'ordonnance du 6 juin 2005 sont soumis aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures qui ont valeur constitutionnelle (article 6 de l'ordonnance-Conseil constitutionnel n°2003-473 DC du 26 juin 2003- Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit) et plus spécifiquement aux modalités de publicité et de mise en concurrence fixées par les décrets n°2005-1308 du 20 octobre 2005¹ et n°2005-1742 du 30 décembre 2005². Dès lors qu'il entend passer un marché de droit privé, le pouvoir adjudicateur doit donc désormais respecter les règles de publicité et de mise en concurrence prévues par ces textes ainsi que les grands principes de la commande publique. La procédure du référé précontractuel étant beaucoup moins usuelle devant le juge judiciaire, il est fréquemment fait référence à la jurisprudence administrative en tout point transposable en raison de la similitude des principes et des procédures applicables.....Mais cela ne pose guère de difficultés. Dans un jugement en date du 5 novembre 1998, le Tribunal de Grande Instance de Paris a en effet déjà eu l'occasion de rappeler à propos d'une procédure de mise en concurrence lancée par La Poste que « les conditions de mise en œuvre d'une procédure d'appel d'offres doivent être appliquées avec rigueur et précision ». Dans son commentaire sur ce jugement, le

Rapporteur public du Conseil d'Etat, Catherine BERGEAL profitait de cette occasion pour préciser que « les règles sont identiques devant les deux ordres de juridictions » avant de conclure que « le juge civil à la même conception de ses pouvoirs dans le cadre du référé précontractuel que le juge administratif » et que « le juge civil fait des mêmes textes la même interprétation » (BJCP n°12, p.320). Les règles de publicité et de mise en concurrence découlant des textes nationaux et communautaires doivent donc être interprétées de manière identique par le juge administratif et par le juge judiciaire (Cass.com 10 juillet 2009, n°09-13871). Dans ces conditions, le juge du référé précontractuel civil est parfaitement libre de reprendre à son compte les enseignements de la jurisprudence administrative en matière de publicité et de mise en concurrence. Et à fortiori, il est également compétent pour sanctionner de la même manière les conséquences des manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence.

Les particularités de cette nouvelle voie de recours

Qui peut saisir le juge du référé précontractuel judiciaire ?

L'article 2 de l'ordonnance du 7 mai 2009 rappelle que seuls peuvent saisir le juge du référé précontractuel civil les candidats qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésés par un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation du contrat. A ce titre, il paraît utile de rétablir une vérité historique jurisprudentielle : en effet contrairement à ce que l'on a pu lire partout, c'est le Conseil d'Etat qui s'est inspiré des solutions dégagées par le juge judiciaire en matière de référé précontractuel pour opérer son revirement de jurisprudence avec l'arrêt SMIRGEOMES¹. C'est dire l'influence réciproque qui peut exister entre les deux ordres de juridiction dans cette matière.

Quand peut-on saisir le juge du référé précontractuel judiciaire?

Les pouvoirs conférés au juge de l'article L 1441-1 du CPC ne peuvent plus être exercés après la signature du contrat. Très récemment, dans un arrêt en date du 10 juillet 2009, Sté GRDF, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a pris soin de rappeler cette règle (Cass.Ch.com.10 juillet 2009, Sté GRDF, n°pourvoi : 09-13871- TGI Nanterre Ord.2 mai 2007, SARL IH GROUP, n°07/01250- TGI EVRY, Ord. 9 septembre 2003, SA RABOT DUTILLEUL Travaux Publics, n°03/01088). Afin de prévenir tout risque de course à la signature, les articles 4 et 8 de l'ordonnance du 7 mai 2009 indique que la saisine du juge entraîne la suspension automatique de la signature du contrat litigieux jusqu'à la notification de la décision juridictionnelle. Une entreprise peut donc saisir le juge du référé précontractuel avant de participer à la procédure si elle estime par exemple que les documents de la consultation l'empêchent de participer ou contiennent des prescriptions discriminatoires ; en cours de procédure avant le choix de l'attributaire ou en fin de procédure après le choix de l'attributaire mais avant la signature du marché pour contester par exemple les motifs de rejet de son offre.

Qui est le juge territorialement compétent ?

Avant le 1er décembre 2009, le recours devait être porté « devant le président de la juridiction de l'ordre judiciaire compétente ». Ce texte renvoyait donc aux règles de compétence des juridictions judiciaires sans autre précision. Le tribunal de grande instance déclinait donc très souvent sa compétence au profit du tribunal de commerce qui est seul compétent pour connaître des contestations relatives aux litiges entre commerçants et celles relatives aux actes de commerce (TGI Aix en Provence, Ord.24 décembre 2008, Sté VALSUD, n°08/01088). Pour les marchés lancés à compter du 1er décembre 2009, l'article L 211-14 du Code de l'organisation judiciaire retient désormais la compétence exclusive du tribunal de grande instance¹. Au sein de cette juridiction, c'est le Président du TGI qui est compétent en application de l'article R 213-5-1 du Code de l'organisation judiciaire pour connaître des contestations relatives aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

(4) CE 3 octobre 2008 SMIRGEOMES, req.n°305420 avec les conclusions du Rapporteur public Bertrand DA COSTA- Voir page 17 : CA Paris, 25 octobre 2007, ETDE/ CRAMIF, n°0543

(5) L'article D 211-10-2 du Code de l'organisation judiciaire détermine le siège et le ressort des TGI compétents.

Comment saisir le juge des référés civil ?

Dans la pratique, la saisine du juge du référé précontractuel administratif se fait toujours par télécopie car il y a toujours urgence à stopper la procédure ! En vertu des articles R. 551-1 et R. 551-2, l'auteur du référé précontractuel administratif est désormais tenu de notifier son recours au pouvoir adjudicateur en même temps que le dépôt de sa requête auprès du Tribunal administratif. La signature est suspendue à compter de cette notification¹. Aucune obligation de ce type n'est prévue pour le référé précontractuel judiciaire. Cela étant, pour stopper la signature du contrat au plus vite, le demandeur à tout intérêt à procéder en deux temps. Tout d'abord, faxer au pouvoir adjudicateur l'ordonnance du Président du TGI l'autorisant à assigner en référé d'heure en heure ou à jour fixe : la procédure sera suspendue à compter de la réception de la télécopie. Ensuite, faire délivrer l'assignation par Huissier de justice pour respecter l'urgence et la date de délivrance prévue par l'ordonnance du Président du TGI. Ensuite, selon l'article L 1441-2 du CPC, le juge est en principe tenu de statuer dans un délai de vingt jours à compter de sa saisine.

Quels sont les moyens susceptibles d'être invoqués ?

Le juge du référé précontractuel judiciaire peut sanctionner différents manquements tels que ceux relatifs aux insuffisances des mesures de publicité, les prescriptions discriminatoires contenues dans les cahiers des charges, la rupture d'égalité entre les candidats en cours de procédure, la contestation des critères de sélection des candidatures ou des offres, ou encore, les motifs de rejet des candidatures ou des offres. Il est probable que l'éventail des moyens susceptibles d'être invoqués soit plus large que devant le juge

administratif. On pense en particulier à la possibilité d'invoquer des moyens tirés de pratiques de concurrence déloyale de la part de certains candidats concurrents, des cas de vente à perte, des pratiques anticoncurrentielles ou encore de la protection des droits d'exclusivité que le juge administratif rechigne à sanctionner même face à l'évidence.

Quels sont les pouvoirs du juge du référé judiciaire ?

Le juge du référé judiciaire peut suspendre la procédure de passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler toutes les décisions qui se rapportent à la passation du contrat ou ordonner la suppression des clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent les obligations de publicité et de mise en concurrence. L'ordonnance rendue par le Président du TGI peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation dans les 15 jours de sa notification.

(6) Les magistrats ne prendront donc plus d'ordonnance de suspension provisoire comme cela était courant auparavant.

	Référé précontractuel administratif	Référé précontractuel judiciaire
Dispositions applicables	Articles L 551-1 à L 551-12 du CJA. Articles R 551-1 à R 551-6 du CJA.	Article L 1441-1 à L 1441-3 du CPC. Articles 2 à 10 de l'Ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009. Articles 2 et 3 du décret n°2009-1456 du 27 novembre 2009.
Juridictions compétentes	TA territorialement compétent : Articles R 312-1 et R 312-11 du CJA.	TGI territorialement compétent : Article D 211-10-2 du Code de l'organisation judiciaire.
Modalités de saisine du juge	Phase 1 : Saisine du TA par télécopie. Phase 2 : Régularisation du recours auprès du TA par courrier AR (4 exemplaires)	Phase 1 : Demande d'autorisation d'assigner en référé d'heure à heure ou à jour fixe auprès du Président du TGI. (Notification immédiate de l'ordonnance au défendeur par télécopie). Phase 2 : Assignation délivrée par Huissier de Justice puis enrôlée auprès du Greffe du TGI (2 exemplaires).
Obligation de notification préalable	Articles R 551-1 et R 551-2 du CJA : Obligation de notification du recours au pouvoir adjudicateur en même temps que le dépôt du recours auprès du TA et selon les mêmes modalités.	OUI : Obligation de faire délivrer l'assignation au défendeur dans le délai prévu par l'ordonnance du Président du TGI.
Qualité pour agir et intérêt pour agir	Article L 551-10 du CJA : • Avoir intérêt à conclure le contrat ; • Susceptible d'être lésé par le manquement invoqué.	Articles 2 et 5 de l'Ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009 : • Avoir intérêt à conclure le contrat ; • Susceptible d'être lésé par le manquement invoqué.
Délais pour agir	Article L 551-1 du CJA : Avant la conclusion du contrat.	Articles 2 et 5 de l'Ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009 : Avant la conclusion du contrat.
Effets de la saisine du juge	Article L 551-4 et L 551-9 du CJA : Suspension automatique de la signature du contrat à compter de la saisine du TA.	Articles 4 et 8 de l'Ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009 : Suspension automatique de la signature du contrat à compter de la saisine du TGI.
Délais pour statuer	Article R 551-5 du CJA : 20 jours à compter de la saisine.	Article L 1441-2 du CPC : 20 jours à compter de la saisine.

	Référé précontractuel administratif	Référé précontractuel judiciaire
Délais dans lequel le juge ne peut pas statuer	<p>Article R 551-5 du CJA :</p> <ul style="list-style-type: none"> • 16 jours à compter de la date d'envoi de la décision d'attribution du contrat aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre en cas de transmission par voie postale • 11 jours à compter de la date d'envoi de la décision d'attribution du contrat aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre en cas de transmission par voie électronique. 	<p>Article L 1441-2-II du CPC :</p> <ul style="list-style-type: none"> • 16 jours à compter de la date d'envoi de la décision d'attribution du contrat aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre en cas de transmission par voie postale • 11 jours à compter de la date d'envoi de la décision d'attribution du contrat aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre en cas de transmission par voie électronique
Pouvoirs du juge	<p>Article L 551-2 du CJA :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Injonction de se conformer à ses obligations de publicité et mise en concurrence • Suspension de la procédure ou de toute décision se rapportant à la passation du contrat • Annulation de toute décision se rapportant à la passation du contrat • Suppression des clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat <p><u>Attention pour les entités adjudicatrices :</u></p> <p>Article L 551-6 du CJA :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Injonction de se conformer à ses obligations de publicité et mise en concurrence dans un délai déterminé • Suspension de toute décision se rapportant à la passation du contrat <ul style="list-style-type: none"> • Astreinte provisoire 	<p>Article 3 de l'Ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009 :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Injonction de se conformer à ses obligations de publicité et mise en concurrence • Suspension de la procédure ou de toute décision se rapportant à la passation du contrat • Annulation de toute décision se rapportant à la passation du contrat • Suppression des clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat <p><u>Attention pour les entités adjudicatrices :</u></p> <p>Article 6 de l'Ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009 :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Injonction de se conformer à ses obligations de publicité et mise en concurrence dans un délai déterminé • Suspension de toute décision se rapportant à la passation du contrat <ul style="list-style-type: none"> • Astreinte provisoire
Procédure contradictoire	<p>OUI :</p> <p>Article R 551-4 du CJA.</p>	<p>OUI :</p> <p>Article L 1441-1 du CPC.</p>
Voies de recours	<p>Article R 551-6 du CJA :</p> <p>Pourvoi en cassation dans les 15 jours de la notification de l'ordonnance.</p>	<p>Article L 1441-1 du CPC :</p> <p>Pourvoi en cassation dans les 15 jours de la notification de l'ordonnance.</p>

	Référé précontractuel administratif	Référé précontractuel judiciaire
Manquements déjà sanctionnés par le juge		<p style="text-align: center;">Cass.com 8 décembre 2009 : Sté ADP, pourvoi n°08-21714 :</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Pouvoir de saisir le juge du référé précontractuel judiciaire par référé d'heure à heure ou par assignation à jour fixe. 2. Obligation de respecter le délai prévu par le règlement de la consultation pour apporter des modifications de détails aux cahiers des charges. 3. Possibilité d'informer les candidats en cours de procédure ainsi que notifier les décisions de rejet par voie électronique. <p style="text-align: center;">Cass.com 10 juillet 2009, Sté GRDF, pourvoi n°08-13871 :</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Rappel de la règle de principe selon laquelle le juge du référé ne peut être saisi qu'avant la signature du contrat. 2. Rappel de la règle selon laquelle les règles de publicité et mise en concurrence découlant des textes nationaux et communautaires sont interprétés de manière identique par le juge judiciaire et par le juge administratif. <p style="text-align: center;">Cass.com 26 mars 2009, La Poste, pourvoi n°08-14534 :</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Rappel de la règle selon laquelle le juge du référé ne dispose pas du pouvoir d'annulation dans le cadre d'une procédure lancée par une entité adjudicatrice. <p style="text-align: center;">Cass.com 24 juin 2008, SNCF, pourvoi n°08-12325 :</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Obligation d'annoncer les critères de jugement des offres dès le stade de la publicité. 2. Obligation d'indiquer les modalités de mise en œuvre des critères de jugement des offres. 3. Obligation de transmettre à tous les candidats les mêmes documents afin de leur permettre de préparer et de déposer une offre dans le strict respect du principe d'égalité entre les candidats et du principe de transparence des procédures. <p style="text-align: center;">CA Paris, 25 octobre 2007, Sté ETDE, n°05/02543 :</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Obligation pour le candidat de démontrer qu'il a été lésé ou qu'il est susceptible d'avoir été lésé par le manquement qu'il invoque (rejet pour absence). <p style="text-align: center;">TCO Lille, Ord. 14 janvier 2010, Sté SAS Comptage Immobilier Services, n°2009-05999 :</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Obligation pour le candidat de démontrer qu'il a été lésé ou qu'il est susceptible d'avoir été lésé par le manquement qu'il invoque (rejet pour absence). <p style="text-align: center;">TCO Toulouse, Ord. 1^{er} octobre 2009, Sté SARL ISA EUROPE, n°2009R393 :</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Le Juge du référé précontractuel judiciaire est compétent pour contrôler les motifs de rejet des candidatures et des offres. 2. En revanche il n'est pas compétent pour apprécier les mérites respectifs des candidats. <p style="text-align: center;">TCO Marseille, Ord.30 décembre 2008, Sté ARNAUD SARL, n°2008R01060 :</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Absence d'obligation d'allotir pour les marchés soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 (pas d'équivalent de l'article 10 du CMP). <p style="text-align: center;">TGI Paris, Ord.26 mars 2008, Sté NEUF CEGETEL, Bull n°2009 IV n°69 :</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Interdiction de modifier le contenu des critères de jugement des offres en cours de procédure : manquement au principe de transparence des procédures. 2. Qualité pour agir uniquement concernant le lot pour lequel le candidat a déposé une offre. 3. Le juge du référé ne dispose pas du pouvoir d'annulation dans le cadre d'une procédure lancée par une entité adjudicatrice. <p style="text-align: center;">TCO Paris, Ord. 12 mars 2008, Sté APPIA, n°2008011757 :</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Obligation d'indiquer les conditions de participation des candidats dans l'avis de publicité ou dans le règlement de consultation. 2. Obligation d'indiquer l'instance chargée des procédures de recours dans l'avis de publicité. <p style="text-align: center;">TGI Besançon, Ord. 5 décembre 2006, Sté SARCEDARA SOFTWARE, n°06-00297</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Contrôle du respect de l'égalité entre les candidats pendant le déroulement de la procédure.