

Petites affiches

La Loi ■ Le Quotidien Juridique

Édition quotidienne des Journaux Judiciaires Associés • Petites affiches • Le Quotidien Juridique • La Loi - Archives Commerciales de la France

402^e année - 12 AVRIL 2013 - N° 74 - 1,60 euro

lextenso éditions

ACTUALITÉ	BRÈVES	2
	REVUE DES REVUES	3
DOCTRINE	MARCHÉS PUBLICS	4
	Yannick Le Port, Étienne Colson et Sylvain Hul Le Conseil d'État refuse d'examiner la régularité d'une déclaration sans suite en référé précontractuel (À propos de CE, 13 déc. 2012)	
JURISPRUDENCE	DROIT DES SÛRETÉS	7
	Akram El Mejri La délégation de créance est-elle une garantie au sens de l'article L. 225-35, alinéa 4 du Code de commerce ? (Cass. com., 15 janv. 2013)	
CULTURE	À L'AFFICHE	13
	Marie Mignon-Gardet La Tête des autres	
	VENTES PUBLIQUES	14
	Bertrand Galimard Flavigny Le rêve de la Cadillac rouge	

[REPÈRES]

■ page 7

La délégation de créance est-elle une garantie au sens de l'article L. 225-35, alinéa 4 du Code de commerce ? (Cass. com., 15 janv. 2013)
Akram El Mejri

Dans quelle mesure une délégation de créance est-elle une garantie au sens de l'article L. 225-35, alinéa 4 du Code de commerce, devant être autorisée par le conseil d'administration ?

En répondant à cette question, la haute juridiction vient apporter d'utiles précisions quant au champ d'application rationae materiae de l'article L. 225-35, alinéa 4 du Code de commerce.

www.petites-affiches.com

Rédaction (16 pages) - Annonces pour les départements 75, 92, 93, 94 (24 pages)

ÉDITION
QUOTIDIENNE
DES JOURNAUX
JUDICIAIRES
ASSOCIÉS

Petites **a**ffiches

2, rue Montesquieu - 75041 Paris Cedex 01
Tél. : 01 42 61 56 14 - Fax : 01 47 03 92 02

Le Quotidien Juridique

12, rue de la Chaussée d'Antin - 75009 Paris
Tél. : 01 49 49 06 49 - Fax : 01 49 49 06 50

LA LOI
ARCHIVES COMMERCIALES

33, rue des Jeûneurs - 75002 Paris
Tél. : 01 42 34 52 34 - Fax : 01 46 34 19 70

LE CONSEIL D'ÉTAT REFUSE D'EXAMINER LA RÉGULARITÉ D'UNE DÉCLARATION SANS SUITE EN RÉFÉRÉ PRÉCONTRACTUEL

(À propos de CE, 13 déc. 2012)

Le Conseil d'État refuse de remettre en cause sa jurisprudence selon laquelle la déclaration sans suite de la procédure de passation d'un marché public rend sans objet la saisine du juge des référés précontractuels et, de ce fait, exclut que ce dernier puisse exercer un contrôle sur la légalité de cette décision mettant fin à la mise en concurrence. Dans un contexte où le contentieux contractuel exige de vérifier l'impact effectif des irrégularités affectant un marché public avant de les censurer, l'arrêt fait exception à cette logique en permettant de mettre fin à une procédure pour quelque motif que ce soit.

La décision du Conseil d'État en date du 13 décembre 2012 (1) en dépit de sa notable concision, est riche d'enseignements sur le contentieux de la commande publique.

L'affaire qui en faisait l'objet mérite qu'on s'y attarde un peu. La commune de Saint-Tropez avait lancé une procédure d'appel d'offres, en vue de la conclusion d'un marché public de nettoyage et de collecte des déchets ménagers, à laquelle la société Sita Sud avait soumissionné.

Le 25 juillet 2012, lors d'une première réunion de la commission d'appel d'offres, cette dernière indiquait que l'offre de la société Sita Sud devait être classée première, avec une note de 9,62/10. La commission avait néanmoins estimé qu'une nouvelle analyse des offres était nécessaire, en raison d'un écart trop faible entre les deux candidats classés en tête, la société Sita Sud et la société Pizzorno. À l'issue d'une nouvelle réunion, effectuée un mois plus tard, l'offre de la société Pizzorno était retenue.

En de telles circonstances, la société Sita Sud introduisit une requête en référé précontractuel devant le juge des référés du tribunal administratif de Toulon. Celui-ci fit droit à la requête et ordonna l'annulation de la procédure de passation au motif qu'en ne retenant pas l'offre de la société classée en première position le 25 juillet 2012, la commune avait entaché la procédure querellée d'un manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ayant manifestement lésé la société requérante.

Le juge avait, en outre, relevé l'irrégularité de l'offre de la société Pizzorno, en raison d'une méconnaissance du cahier des clauses administratives particulières qui imposait l'utilisation de véhicules de moins de deux ans.

Au vu de cette première ordonnance, la commune de Saint-Tropez décidait, le 10 octobre 2012, de déclarer sans suite la procédure de passation du marché litigieux sans la moindre indication du motif fondant cette décision.

La société Sita Sud demandait alors l'annulation de cette seconde décision au juge du référé précontractuel.

Elle soutenait, en substance, que l'état actuel de la jurisprudence en matière de passation et d'exécution des contrats publics (2) et le fait que, selon le droit communautaire, une décision de déclaration sans suite doit pouvoir faire l'objet d'un recours effectif en application de la directive n° 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 (3) justifiaient que la jurisprudence selon laquelle la déclaration sans suite de la procédure rendait sans objet la saisine du juge du référé précontractuel (4) fût remise en cause (5).

Statuant sans audience et sans instruction contradictoire, par une ordonnance du 29 octobre 2012, le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Toulon a rejeté cette requête aux motifs que « les pouvoirs conférés au juge administratif, en vertu de la procédure spéciale instituée par l'article L. 551-1 du Code de justice administrative, ne peuvent être exercés (*sic*) ni après la conclusion du contrat ni lorsque la personne responsable du marché décide, pour un motif d'intérêt général, de ne pas donner suite à la procédure de consultation » et « que, dès lors, les conclusions de la société Sita Sud tendant à ce que le juge du référé précontractuel annule la décision du 10 octobre 2012 sont devenues sans objet (*sic*) » (6).

Saisi en cassation, le Conseil d'État rejette le pourvoi de la société Sita Sud par une « ordonnance de non-admission » (7) (II) qui exclut, pour l'heure, que le juge des référés précontractuels puisse exercer un contrôle sur la déclaration sans suite de la procédure d'attribution d'un marché (I).

I. Une brèche toujours ouverte dans le contrôle exercé sur la régularité des contrats publics

On sait, depuis l'arrêt *Smirgeomes*, qu'en vertu des dispositions de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative, il appartient au juge des référés précontractuels « de rechercher si l'entreprise qui le

(1) CE, 13 déc. 2012, n° 363883.

(2) CE, sect., 3 oct. 2008, *Smirgeomes* : AJDA 2008, p. 2161, chron. E. Geffray et S.-J. Lieber ; RFDA 2008, p. 1128, concl. B. Dacosta ; LPA 21 nov. 2008, p. 15, note S. Hul - CE, ass., 28 déc. 2009, *Cne de Béziers*, n° 304802 : AJDA 2010, p. 4 et 142, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi - CE, sect., 21 mars 2011, *Cne de Béziers* : AJDA 2011, p. 591 ; AJCT 2011, p. 291, obs. J.-D. Dreyfus ; LPA 23 juin 2011, p. 16, note S. Hul. V., à ce propos, S. Hul, op. cit., selon lequel « sans doute conviendrait-il d'instaurer un contrôle similaire sur la déclaration sans suite d'une procédure de marché public, afin d'éviter qu'une irrégularité vénielle qui serait restée sans incidence dans les instances susvisées puisse être invoquée comme un motif d'intérêt général justifiant une telle décision et, « accessoirement », vienne remettre en cause le choix de l'attributaire ».

(3) CJUE, 18 juin 2002, n° C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhausstechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) c/ Stadt Wien*.

(4) CE, 30 nov. 2005, n° 280930, *Sté Transports Cerdans et a.* - CE, 18 févr. 2004, n° 260216, *Sté Inéo Systrans* - CE, 30 oct. 2002, n° 241919, M. Hochedez.

(5) Du moins en tant qu'elle pourrait être interprétée comme excluant que le juge du référé précontractuel puisse connaître de la légalité d'une décision de déclaration sans suite.

(6) On avoue avoir quelques difficultés à comprendre en quoi une décision peut avoir pour effet de rendre sans objet les conclusions tendant à son annulation.

(7) V., pour l'usage de cette formule, CE, 3 déc. 2010, n° 339885, *Mohamed B.*

saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ».

Il en résulte que les irrégularités éventuellement commises en cours de passation d'un contrat public n'emportent plus systématiquement l'annulation de la procédure.

On sait également qu'il appartient au juge du contrat, lorsqu'il constate l'existence d'irrégularités affectant celui-ci, « d'en apprécier l'importance et les conséquences », « eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles », et qu'il ne lui revient de ne prononcer l'annulation du contrat qu'en présence des vices les plus graves (8).

En sorte qu'en cours d'exécution également, et s'agissant des relations entre les cocontractants, la nullité du contrat n'est plus la sanction automatique des irrégularités éventuelles.

On sait enfin, qu'il incombe au juge du contrat, lorsqu'il est saisi d'un recours contestant la validité d'une mesure de résiliation et tendant à la reprise des relations contractuelles, de prendre en compte l'ensemble des intérêts en présence et non seulement l'irrégularité alléguée à l'appui de cette mesure (9).

Par conséquent, la personne publique ne peut plus invoquer une irrégularité quelconque pour mettre unilatéralement fin aux relations contractuelles.

Par suite, il apparaît tout à fait logique qu'appliquant la même balance entre les irrégularités invoquées et leur incidence sur le futur contrat, le juge accepte d'examiner la régularité d'une déclaration sans suite à l'aune d'un tel « bilan » (10).

Au reste, on observera que si la jurisprudence reconnaît à l'attributaire lui-même la possibilité de retirer son offre avant la conclusion du contrat, c'est dans le cas seulement où « la procédure de passation est entachée d'une irrégularité susceptible de conduire à l'annulation du contrat » (11).

Symétriquement, un contrôle, fût-il restreint, doit donc nécessairement être exercé sur la mise en œuvre du pouvoir de déclarer sans suite la procédure par le pouvoir adjudicateur.

En outre, il ressort de la décision *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) c/ Stadt Wien* pré-

citée que la décision de déclaration sans suite d'une procédure tendant à l'attribution d'un marché public doit pouvoir faire l'objet d'un recours effectif sur le fondement de la directive n° 89/665 (12).

Relevons, au surplus, que dans un arrêt rendu le 19 décembre dernier (13) contrairement aux conclusions de Bertrand Dacosta, le Conseil d'État a jugé que « le candidat [évincé] ne peut prétendre à une indemnisation [du] manque à gagner si la personne publique renonce à conclure le contrat pour un motif d'intérêt général ».

Par conséquent, rien ne justifie, en droit, que le prétoire du juge des référés précontractuels soit fermé aux soumissionnaires qui entendent contester la décision de déclarer sans suite la procédure d'attribution d'un contrat public.

Puisqu'il faut le dire, enfin, on regrette aussi, vivement, que les motifs réels pouvant inciter un pouvoir adjudicateur à déclarer sans suite la procédure de passation d'un marché public ne fassent pas l'objet d'un contrôle équivalent à celui exercé, à tous les stades, sur la régularité du contrat.

On ne saurait, en effet, exclure que, faisant fi de la bonne utilisation des deniers publics et de la recherche de l'offre économiquement la plus avantageuse, un acheteur public puisse détourner ce pouvoir en étant mû par d'inavouables motifs.

Or outre qu'il y est juridiquement tenu en vertu du droit communautaire (v. *supra*), qui, mieux que le juge des référés précontractuels, serait en mesure d'effectuer sur l'exercice de ce pouvoir, un contrôle impliquant la mise en balance du motif invoqué et de l'incidence réelle de celui-ci sur la légalité de la procédure en fonction du stade où la décision est prise ?

Le Conseil d'État n'en a pas décidé ainsi.

Mais au-delà de cette « occasion manquée », ce qui ne laissera pas de divertir le lecteur amateur de symétrie, c'est que le Conseil d'État n'ait pas eu à débattre de ces questions à l'occasion d'une procédure contradictoire ; la requérante n'ayant, semble-t-il, soulevé que des moyens dont il était « manifeste » qu'ils n'étaient pas de nature à permettre l'admission du pourvoi.

(8) CE, ass., 28 déc. 2009, n° 304802, Cne de Béziers : AJDA 2010, p. 4 et 142, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi.

(9) CE, sect., 21 mars 2011, Cne de Béziers : AJDA 2011, p. 591 ; AJCT 2011, p. 291, obs. J.-D. Dreyfus ; LPA 23 juin 2011, p. 16, note S. Hul.

(10) Aucune trace de l'idée d'un tel bilan ne figure en tout cas dans la note que la DAJ de Bercy a consacrée à la déclaration sans suite, le 13 novembre 2012 (« La déclaration sans suite », DAJ du ministère de l'Économie et des Finances 13 nov. 2012).

(11) CE, 23 déc. 2011, n° 350231, Dpt de la Guadeloupe.

(12) Sauf erreur, nous n'avons pas vu que le juge national de l'excès de pouvoir ait jamais sanctionné, pour erreur manifeste d'appréciation, une déclaration sans suite fondée sur une irrégularité de la procédure regardée comme insuffisamment grave. À en croire la note précitée de la DAJ de Bercy, le juge administratif n'aurait sanctionné que l'absence de motif d'intérêt général ; la décision de ne pas déclarer sans suite une procédure de passation dont le pouvoir adjudicateur était conscient de l'irrégularité ; ou bien encore le recours à la décision de ne pas donner suite, dans un cas où seul le rejet pour non-conformité d'une offre était envisageable.

(13) CE, 19 déc. 2012, n° 355139, M. Simon. Nous remercions B. Dacosta d'avoir bien voulu nous transmettre ses conclusions.

II. Une ordonnance de non-admission en forme de déclaration sans suite

Se fondant sur les dispositions de l'article R. 822-5 du Code de justice administrative (14), le président de la 7^e sous-section du Conseil d'État a rejeté la requête de Sita Sud sans instruction contradictoire et sans audience.

Le motif de cette décision mérite d'être rappelé.

Il y est indiqué que « pour demander l'annulation de l'ordonnance attaquée la société Sita Sud soutient qu'en ayant statué sans audience publique, le juge des référés a méconnu le caractère contradictoire de la procédure ; qu'en se bornant à indiquer qu'il n'y avait plus lieu de statuer sur la requête, le juge des référés a attaché son ordonnance d'une insuffisance de motivation ; qu'en se bornant à relever qu'une déclaration sans suite avait été prononcée, sans rechercher si elle était justifiée, le juge des référés a commis une erreur de droit et méconnu son office ».

Sèchement, le juge en conclut : « il est manifeste qu'aucun de ces moyens n'est de nature à permettre l'admission du pourvoi ».

Au strict plan procédural, la solution peut d'autant plus surprendre, que, peu avant, la haute juridiction n'avait pas hésité à censurer une ordonnance rendue sur le fondement de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative, au seul motif « qu'en l'espèce, en l'absence de mention, dans l'ordonnance litigieuse, du caractère public de l'audience et de tout autre élément au dossier permettant d'établir que l'audience a effectivement été publique, cette ordonnance doit être regardée comme ayant été rendue au terme d'une procédure irrégulière » (15).

Nous n'y trouvons rien à redire ; « ennemie de l'arbitraire, la procédure est la sœur jumelle de la liberté », enseignait-on naguère à la faculté de droit.

Ce qui surprend, en l'espèce, c'est la façon dont le Conseil d'État semble avoir procédé au contrôle qu'il exerce d'ordinaire sur la mise en œuvre de l'article R. 222-1 du Code de justice administrative (16).

L'ordonnance entreprise n'avait pas esquissé le moindre commencement d'explication sur le fondement juridique justifiant qu'il soit statué sans instruction contradictoire et sans audience.

Par suite, on ne peut que s'étonner de ce que la haute assemblée se soit ainsi privée de l'occasion de débattre publiquement de la question « de fond » qui faisait l'objet du litige.

Plus encore, en visant le 3^o de l'article R. 822-5 du Code de justice administrative, l'ordonnance commentée semble négliger, voire ignorer (17), que la décision entreprise aurait, le cas échéant, été prise sur le fondement de l'article R. 222-1 du Code de justice administrative (18).

Il est vrai que, s'agissant de la mise en œuvre de l'article R. 822-5 du Code de justice administrative à l'endroit du caractère sérieux des moyens invoqués, le professeur René Chapus écrit : « Est-ce là une façon de mieux juger ? Les auteurs du décret de 2005 paraissent eux-mêmes en douter, lorsqu'ils prescrivent que, s'agissant des trois catégories de pourvois que l'on sait, le requérant doit être avisé, 10 jours au moins avant l'intervention éventuelle d'une ordonnance, que c'est ainsi que son pourvoi risque de ne pas être admis » (19).

En sorte qu'à certains égards, « l'ordonnance de non-admission » est, parfois, au débat contradictoire ce que la déclaration sans suite est à la mise en concurrence : une sorte d'exutoire opportun.

En l'état, il ne reste plus qu'à espérer que cette tentative avortée ne demeurera pas... sans suite.

Yannick LE PORT

Avocat au barreau de Paris

Étienne COLSON

*Avocat au barreau de Lille
Bignon Lebray Avocats*

Sylvain HUL

Juriste d'entreprise

(14) Issues des décrets n° 2005-911 du 28 juillet 2005 et n° 2010-164 du 22 février 2010 et aux termes desquelles : « Lorsqu'il est manifeste qu'aucun moyen sérieux n'est invoqué, le président de la sous-section peut également décider par ordonnance de ne pas admettre : 1) les pourvois relevant d'une série qui, sans appeler de nouvelle appréciation ou qualification de faits, présentent à juger en droit des questions identiques à celles que le Conseil d'État statuant au contentieux a déjà tranchées ensemble par une même décision ou examinées ensemble par un même avis rendu en application de l'article L. 113-1 ; 2) les pourvois dirigés contre les ordonnances prises en application de l'article R. 222-1 ; 3) les pourvois dirigés contre les ordonnances prises en application des articles L. 521-1, L. 521-3, L. 521-4, L. 522-3 et R. 541-1 ainsi que contre les ordonnances rejetant les demandes présentées sur le fondement des dispositions du chapitre I^{er} du titre V du livre V ».

(15) CE, 3 déc. 2012, n° 360333, Sybert.

(16) CE, 20 mai 2005, M. Reboul : AJDA 2005, p. 1915, note S. Hul.

(17) Éventualité qu'en toute rigueur, nous ne pouvons exclure totalement.

(18) Le recours à cet article par les juges du fond étant une hypothèse, prévue au 2^o de l'article R. 822-5, dans laquelle les présidents de sous-section peuvent rejeter un pourvoi par voie d'ordonnance, et dont on est porté à croire, en dépit de la totale absence de motivation de l'ordonnance entreprise et du lapsus catami de celle commentée, qu'elle pourrait davantage correspondre au cas d'espèce.

(19) R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 2008, 13^e éd., 1418, 2^o, p. 1281.