

N° 329100 M. Perez

7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunies

Séance du 6 janvier 2010

Lecture du 10 février 2010

Conclusions de Nicolas Boulouis, rapporteur public

M. Perez est avocat et il vous demande d'annuler le décret n°2008-1356 du 19 décembre 2008 relatif au relèvement de certains seuils du code des marchés publics.

Nous passerons rapidement sur la forclusion qui est opposée par le ministre de l'économie à ce recours: contrairement à ce qu'il soutient, il est établi par les pièces du dossier que le requérant a exercé auprès du Premier ministre un recours gracieux contre ce décret, recours qui, exercé dans le délai de recours contentieux, a prorogé ce délai, étant observé qu'aucun accusé de réception conforme aux exigences des articles 18 et 19 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations n'a été adressé au requérant.

Le décret attaqué rehausse de 4000 à 20000€ HT le seuil fixé par le code des marchés publics pour l'application de certaines règles. Précisons pour ne pas y revenir que ce décret est un décret simple en conseil des ministres. Simple il pouvait l'être alors même que le CMP est issu d'un décret en conseil d'Etat puisque l'article 2 du décret (n° 2006-975 du 1er août 2006) portant code des marchés publics rend possible une modification des seuils par décret simple. En conseil des ministres, il l'a été, semble t-il pour marquer que cette modification était, avec d'autres textes, un élément du plan de relance gouvernemental adopté à la fin de l'année 2008.

De quels seuils s'agit-il ? De celui au delà duquel le marché doit être passé par écrit (article 11) et au delà duquel une publicité et une mise en concurrence préalables doivent être organisées, qu'il s'agisse des marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs (article 28 et 40) ou par les entités adjudicatrices (article 146 et 150)

Vous pourrez regarder la requête de M. Perez comme dirigée contre le décret en tant seulement qu'il relève le seuil prévu à l'article 28 du code.

En application de l'article 30 du code, les marchés de services juridiques peuvent être passés, quel que soit leur montant, selon une procédure adaptée « *dans les conditions prévues par l'article 28* », qui leur est applicable en tant qu'il n'est pas contraire à l'article 30. C'est notamment le cas du dernier alinéa, objet de la modification contestée, selon lequel « *le pouvoir adjudicateur peut décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables si les circonstances le justifient ou si son montant estimé est inférieur à 20000€ HT (ou dans les situations décrites au I de l'article 35)* ». Autrement dit, pour les marchés de services juridiques, une procédure, adaptée, est requise, hier au dessus de 4000€, aujourd'hui au dessus de 20000€, le pouvoir adjudicateur n'étant pas contraint par ces dispositions en deçà.

Vous pourrez donc admettre la recevabilité de la requête¹, comme vous avez admis à de nombreuses reprises la recevabilité de conclusions dirigées par des avocats contre le régime des marchés de services juridiques (voir notamment 23 février 2005 Association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP) et autres p 71).

L'argumentation de M.Perez s'appuie sur les principes nationaux et communautaires de la commande publique, spécialement l'égalité et la transparence, dont il déduit l'impossibilité de dispenser les marchés en cause de publicité et de mise en concurrence. L'intéressé met en cause le principe d'un seuil mais aussi son niveau par un moyen d'erreur (manifeste) d'appréciation.

Les moyens – de « violation de la loi » - tirés de ce que l'instauration d'un seuil en deçà duquel le pouvoir adjudicateur pourrait ne procéder à aucune publicité ni mise en concurrence serait contraire aux principes communautaires et nationaux de la commande publique ne sont pas recevables en l'état actuel de la jurisprudence.

De celle-ci il résulte en effet qu'il est exclu que le mécanisme de l'exception d'illégalité joue dans la relation entre un texte et le texte qu'il modifie : voyez 12 avril 1961 Union des pêcheurs à la ligne et au lancer de Grenoble et du département de l'Isère (p 229) et Section du 10 février 1967 Société des établissements Petitjean et autres (p 63). Et le principe même d'un seuil est fixé par une disposition non modifiée par le décret attaqué. Cette jurisprudence est régulièrement appliquée²

La « matière pénale » fait, il est vrai, exception. Votre décision de Section du 24 janvier 1992 Association des Centres E.Leclerc (p 39) juge que l'on peut exciper contre un texte modifiant des peines (contraventionnelles) de l'illégalité de celui qui a défini les infractions qu'elles punissent. Si l'on en croit les auteurs de la chronique à l'AJDA³ - qui doutent que la brèche ainsi ouverte ne le reste que pour la matière pénale⁴ - l'exception s'expliquerait par des motifs d'opportunité plus que par la spécificité du droit pénal. Quoiqu'il en soit, nous ne vous proposons pas de l'étendre, ni de considérer que le non-respect des règles de publicité et de mise en concurrence étant sanctionné pénalement et de manière théoriquement sévère, il y aurait lieu à assimilation.

¹ Dans la décision du 23 février 2005 ATMMP (P 71) ont été regardées comme irrecevables les conclusions de l'un des requérants, avocat, contre l'article 28 du CMP 2004, dont l'objet était analogue à l'article 28 du code actuel, c'est-à-dire la définition des cas et conditions de recours à une procédure adaptée. Mais, à la différence du code 2004, celui de 2006 fait un lien entre l'article 28 et l'article 30 qui traite, entre autres, des marchés de services juridiques.

² Voir Sect. 1er juin 1979 Syndicat national des médecins chirurgiens, spécialistes et biologistes des hôpitaux publics (p 261) qui écarte comme irrecevable à l'encontre d'un arrêté fixant un pourcentage d'augmentation de rémunérations les moyens dirigés contre les arrêtés antérieurs relatifs à ces mêmes rémunérations ; voir aussi 8 mai 1981, Union des organismes de groupement des collectivités et organismes de groupement du Massif-Central, Région Auvergne, TD p. 5101 ; 16 février 2000 Familles de France n°204723 : impossibilité d'exciper de l'illégalité d'un arrêté fixant les caractéristiques des plafonds de ressources pour des aides à l'occasion d'un recours dirigé contre un arrêté augmentant ces plafonds ; 10 mars 2003 Communauté de communes de Haute-Provence, aux tables : irrecevabilité du moyen tiré de l'illégalité d'une délibération fixant le taux de la taxe professionnelle pour une année dans des conclusions dirigées contre la délibération fixant ce taux pour l'année suivante .

³ Ch. Maugüe et R. Schwartz AJDA 1992.336

⁴ qui n'était pas celle proposée par le commissaire du Gouvernement P. Hubert, lequel invitait la Section à s'inscrire dans les pas du Conseil constitutionnel en faisant application de la décision du 25 janvier 1985 rendue à propos de la loi sur l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie

Si vous en restez donc à l'application pure et simple de la jurisprudence, vous serez conduits à écarter les moyens qui mettent en cause le principe même d'un seuil, moyens qui au delà de la formulation employée par M.Perez doivent être analysés comme une argumentation d'exception d'illégalité de l'article 28.

Mais ce raisonnement ne vaut pas pour le moyen d'erreur (manifeste) d'appréciation.

Il faut tout d'abord admettre l'évidence, à savoir que le décret attaqué n'est intelligible qu'avec la phrase qu'il modifie. Si l'on se forçait, par une sorte de purisme, à apprécier la légalité des seuls mots « 20000 euros » en dehors de tout contexte, alors seule la légalité externe du décret pourrait nourrir des recours, ce qui ne serait pas acceptable. Cela n'est d'ailleurs pas le sens de la jurisprudence que nous avons citée, qui ne va pas jusqu'à écarter par principe tout moyen de légalité interne, qui pointerait un vice propre de l'acte attaqué (voir, par exemple, pour le principe d'égalité, *Union des organismes de groupement des collectivités et organismes de groupement du Massif-Central, Région Auvergne précité*). La légalité interne étant en quelque sorte à un acte ce que le sens est à un discours, cette jurisprudence reconnaît d'ailleurs, selon une formule récurrente, que le texte modificateur « a incorporé à ses propres dispositions les effets des dispositions » modificatrices. Raisonner par rapport à l'ensemble intelligible constitué par le texte modifié et le texte modificateur n'oblige au demeurant pas à prendre parti sur la légalité du texte modifié. Pour être parfaitement en ligne avec la jurisprudence, le contrôle que vous effectuerez si vous examinez le moyen au fond, ne consistera pas à dire si, en retenant 20000€, le pouvoir réglementaire a ou non commis une erreur dans la mise en œuvre de la règle fixée par l'article 28 non modifié autorisant l'absence de publicité et de mise en concurrence en dessous d'un certain seuil. Car une telle approche reviendrait à admettre que le décret attaqué est pris pour l'application de cette règle. Vous devriez en revanche vous demander si en donnant latitude à tous les pouvoirs adjudicateurs pour tous les marchés de ne rien faire en dessous de 20000€, le décret est ou non entaché d'une erreur dans la mise en œuvre des principes de la commande publique.

Restera à définir la nature de votre contrôle sur ce type d'appréciation. Nous avons hésité sur ce point mais nous sommes désormais convaincu que, sous cet angle, votre contrôle ne peut être que restreint

Il faut, pour vous en convaincre, évoquer le sens et la portée de ces fameux principes de la commande publique.

Ces principes, rappelés par l'article 1^{er} du CMP sont la liberté d'accès, l'égalité de traitement et la transparence des procédures.

Comme on le sait, ils sont tout à la fois communautaires⁵ et constitutionnels⁶. Le juge communautaire, il faut le rappeler, leur donne un champ d'application que n'épuisent pas les directives « marchés publics »⁷.

⁵ Telaustria du 7 décembre 2000 Aff. C-324/98. De sorte que la Cour, dans la matière des marchés ne semble pas faire application de la jurisprudence qu'elle a adoptée pour d'autres domaines, dans lesquels elle juge que « lorsqu'une question fait l'objet d'une harmonisation au niveau communautaire, les mesures nationales y relatives doivent être appréciées au regard des dispositions de cette mesure d'harmonisation et non pas de celles du traité CE (voir, en ce sens, arrêts 23 novembre 1989, Eau de Cologne & Parfümerie-Fabrik 4711, C-150/88, Rec. p. 3891, point 28; du 12 octobre 1993, Vanacker et Lesage, C-37/92, Rec. p. I-4947, point 9, ainsi que du

Vous-mêmes n'êtes pas restés en dehors de ce mouvement. Trois au moins de vos décisions en témoignent, qui constituent autant de variations sur le même thème : les « principes » rappelés à l'article 1^{er} du code s'appliquent à tous les marchés entrant dans le champ d'application de ce code, y compris à ceux qui ne sont pas soumis par lui à des procédures formalisées: voyez avis Société MAJ Blanchisserie de Pantin du 29 juillet 2002 (p. 297), l'arrêt ATMMP précité et la récente décision de Section ANPE du 30 janvier 2009.

Il faut toutefois entrer un peu plus dans le détail du contenu de ces principes, qui ne sont pas à nos yeux de la même essence.

Le droit interne de la commande publique vise une utilisation optimale des deniers publics par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. C'est en cela sans doute que ce droit a accédé au niveau constitutionnel, étant lui aussi ordonné par la « *nécessité des dépenses publiques* » mentionnée par l'article 14 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Le droit communautaire vise un objectif différent, la réalisation des libertés essentielles, même si *in fine* c'est la défense d'un bien commun à l'ensemble des Etats membres et de leurs ressortissants qui est recherchée. En tout état de cause, dans les deux cas, l'exigence d'une liberté d'accès à la commande publique comme celle de transparence, qu'on les qualifie ou non de principes, découlent de cette nécessité ou de cette recherche ; ils ne sont que des moyens pour parvenir à une fin. Même s'il y concourt également, le principe d'égalité ou de non-discrimination est d'une essence différente. Il s'applique dans cette matière parce qu'il n'y a aucune raison qu'il en soit exclu et parce qu'il est une fin en soi.

La transparence comme la liberté d'accès sont donc de ce fait des notions relatives: relatives à l'objet du marché, à son montant et au degré de concurrence principalement (voir 7 octobre 2005 Région Nord-Pas-de-Calais p 423) et donc aussi à la nature du pouvoir adjudicateur. Cette relativité informe la quasi-totalité des règles de passation des contrats : elle est la raison d'être des seuils et de leur différenciation, des procédures formalisées, des exclusions du champ d'application du code comme des exceptions à son application⁸. Cette relativité est aussi la raison d'être de la création de la procédure adaptée qui consiste à déléguer au pouvoir adjudicateur le soin de mettre en œuvre ces principes, de la manière la plus adaptée qui soit, au cas par cas,. Et c'est également pourquoi la transparence, notion sinon floue, du moins sujette à interrogations⁹, peut sans doute, comme le soutient le ministre, prendre la forme d'une exigence de justification *a posteriori*, celle de la preuve que les entreprises susceptibles d'être intéressées par le marché ont été effectivement sollicitées. On ne peut en effet exclure pas principe que la publicité prenne

13 décembre 2001, DaimlerChrysler, C-324/99, Rec. p. I-9897, point 32). » CJCE 24 janvier 2008 Roby Profumi Srl C-257/06,

⁶ Décision n° 2003-473 DC du CC du 26 juin 2003 sur la loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit ; décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008 sur la loi relative aux contrats de partenariat

⁷ « *le seul fait que le législateur communautaire a considéré que les procédures (...) prévues par les directives (...) ne sont pas appropriées lorsqu'il s'agit de marchés publics d'une faible valeur ne signifie pas que ces derniers sont exclus du champ d'application du droit communautaire* » dit-elle dans son arrêt du 20 octobre 2005, Commission c/France.

⁸ Voilà pourquoi aussi la liberté d'accès ou « l'égal accès » ne permet pas de privilégier les PME dans la commande publique : favoriser certaines entreprises permet d'approcher le but mais cela ne peut se faire sans respecter, par ailleurs, le principe d'égalité qui exige que la différence de traitement correspondant à une différence de situation objective et rationnelle soit en rapport avec l'objet de la réglementation, qui n'est pas l'égal accès à la commande publique

⁹ Voir E. Glaser « Obligation de transparence et absence de transparence » BJCP n°43

une autre forme que la publication a priori d'un avis (CJCE, 21 juillet 2005, *Consorzio Aziende Metano – CONAME*, aff. C-231/03). A s'en tenir à la jurisprudence communautaire un « degré de publicité adéquat » (Telaustria), avec, comme contrepartie, en l'absence de publication, la nécessité de prouver que les entreprises susceptibles d'être intéressées ont été contactées, paraît suffisant.

De ce que l'on peut tirer de ces principes de la commande publique et de la relativité de certains d'entre eux des solutions aussi diverses et variées implique que, s'agissant de la qualification juridique, votre contrôle soit restreint. Et il est au demeurant assez rare, pour raisonner par analogie, que vous exerciez un contrôle normal sur l'exercice par le Premier ministre¹⁰ de son pouvoir (réglementaire) d'application des lois même si vous combinez parfois les deux types de contrôle (voir par ex et récemment 14 mai 2008 De Jesu Dias à mentionner aux tables ; 27 juillet 2005 Sté Arbed p 341 ou 10 novembre 2004 Association droit de cité Tp 876).

Cette relativité permet-elle d'affirmer qu'il n'y a aucune erreur manifeste ?

Nous ne le pensons pas. La combinaison du seuil retenu et de son application uniforme à tous les marchés de tous les pouvoirs adjudicateurs dans toutes les circonstances révèle une appréciation manifestement erronée des situations dans lesquelles la concurrence peut et doit s'exercer. Nombre de marchés de très petites collectivités territoriales - communes mais aussi petits départements ou établissements publics - sont de ce fait dispensés de l'application des règles de passation alors même qu'il existe localement plusieurs opérateurs susceptibles d'être candidats. Pour ne prendre qu'un exemple, ce sera le cas d'un marché de travaux dans une commune dans ou à proximité de laquelle sont implantées deux entreprises artisanales capables de l'exécuter. On peut certes douter qu'un marché de 20000€ HT présente « un intérêt transfrontalier certain », pour reprendre l'expression de la CJCE¹¹ et entre donc dans le versant communautaire des principes de la commande publique. Mais du côté national nous pensons qu'il n'y a guère de doute.

Trois considérations pourraient néanmoins vous retenir d'accueillir ce moyen.

La lettre du texte tout d'abord, qui crée une possibilité de ne pas appliquer et non directement une dispense, et qui mettrait en cause l'existence même d'une erreur. Le ministre de l'économie en tire la conséquence que les marchés en dessous du seuil de 20000€ « ne sont dispensés que des mesures de publicité et de mise en concurrence imposées par le code » et « restent en tout état de cause soumis aux obligations qui découlent de l'article 1^{er} du CMP ». Il y a dans ces affirmations au mieux une erreur au pire une contradiction. Le dernier alinéa de l'article 28 lorsqu'il rend possible la dispense de procédure ne vise à l'évidence pas les procédures formelles puisque l'objet de l'article 28 est justement la définition de procédures « non formalisées ». Et il a donc été lu par tous comme créant une dispense de droit de toute procédure, d'autant plus que, comme on l'a vu, il y a également dispense « si les circonstances le justifient » (article 28). On ne peut tout à la fois créer une possibilité de dispense aussi large et dire qu'elle ne s'applique que dans le respect de principes qui la prohibent. C'est au demeurant la raison pour laquelle,

¹⁰ La circonstance que le décret émane du Président de la République étant à l'évidence sans incidence sur la question.

¹¹ 13 novembre 2007, Commission/Irlande, C-507/03 ; 21 février 2008, Commission/Italie, C-412/04 ; 15 mai 2008, aff. C-147/06 et aff. C-148/06, SECAP SpA c/ Cne Turin

si vous deviez juger recevable et fondée l'argumentation de M.Perez, vous ne pourriez qu'annuler les dispositions en cause et non en donner une interprétation neutralisante qui n'est pas possible dans un cas de contradiction flagrant. Vous n'avez d'ailleurs pas utilisé cette technique à l'occasion de l'examen des recours dirigé contre l'article 30 du code 2004 (voir *ATMMP* précité) dans un contexte similaire.

On pourrait, en deuxième lieu, mettre en doute le caractère manifeste de l'erreur avec plusieurs arguments. Le gain espéré d'une mise en concurrence sera d'autant plus faible, pour ne pas dire négatif, que cette mise en concurrence sera large, et donc coûteuse, aussi bien pour la collectivité publique adjudicatrice que pour l'économie en général. On n'imagine pas que le maire d'une petite commune qui souhaite organiser une cérémonie publique au Journal officiel de l'Union Européenne et dans un journal d'annonces légales un avis en vue de passer un marché de fournitures de boissons et de petits fours. Et le ministre vous indique qu'en 2008, les marchés de moins de 20 000 euros ont représenté 0.31% du montant total des marchés soit environ 215M€ sur 68.5 milliards, avec, ce qui est logique, une grosse part de marchés des collectivités locales (203M€). Par ailleurs, le décret paraît avoir été inspiré par la volonté de s'aligner sur nos partenaires de l'UE qui ont institué des seuils équivalents sinon supérieurs¹².

Mais ces arguments sont sans réelle pertinence ou infondés.

Il pourrait y avoir erreur manifeste avec une part encore plus faible que 0,31% car les montants en valeur absolue sont élevés et cachent nécessairement des disparités importantes et qui ne peuvent être acceptées : ira-t-on dire que, parce que certains marchés très spécialisés représentent globalement un montant ridiculement faible, ils ne doivent pas donner lieu à mise en concurrence ? Les éléments quantitatifs émanant d'autres Etats de l'Union européenne sont quant à eux à considérer avec circonspection : les données que l'on vous soumet sont en effet en partie contradictoires et contreproductives : s'il semble par exemple que l'Allemagne n'organise pas de publicité en dessous d'un seuil, variable d'un Land à l'autre de 5000 à 50000€, on y exige que des offres soient demandées et qu'une trace de ces demandes soit conservée. Il en va de même par exemple en Autriche. On ne saurait donc affirmer que les principes ou exigences rappelées ci-dessus sont négligées en dessous d'un certain seuil. Il n'y a certes pas de procédure formelle mais il y a une procédure. Quant aux montants eux-mêmes, il faut parfois les relativiser : la Commission européenne ne fait pas obligatoirement de mise en concurrence pour les marchés d'un certain montant qui est plutôt de 25000€ que de 10000 comme affirmé, mais il faut rapporter ce seuil au budget qu'elle contractualise et à ce que coûterait, eu égard à son champ d'intervention, une publicité et une mise en concurrence, quelles qu'en soient les formes. Enfin, et justement, la relativité des principes contrebate l'argument selon lequel le bilan coût/avantages d'une procédure serait systématiquement négatif dans le cas de marchés de faible montant : publicité n'est pas publication coûteuse et procédure n'est pas formalisme. Pour le marché de travaux dans la petite commune, une demande de devis aux deux ou trois entreprises locales dont on gardera la trace serait une procédure tout à fait adaptée : ce que tout un chacun est incité à faire comme consommateur avec son patrimoine, pourquoi une petite collectivité ne devrait-elle pas le faire avec l'argent public ?

¹² Voir le rapport de M.Warshmann sur la simplification du droit remis au Premier ministre en janvier 2009. On a du mal à comprendre en revanche un autre motif d'inspiration semble-t-il tiré de ce que le « formalisme » qu'impliquerait un seuil plus bas, voire une absence de seuil handicaperait les PME.

Reste une troisième série de considérations tirées de l'opportunité : la règle du type de celle qui est contestée, franche et claire, serait préférable à une règle plus subtile, comme par exemple celle qui a été adoptée à la suite de l'annulation de l'article 30 par votre décision *ATMMP* précitée et dont l'article 28 a conservé une trace. Cette règle, en vigueur d'août 2005 à août 2006, et à l'encontre de laquelle une requête a été introduite en vain devant vous (voir 9 août 2006 association des avocats conseils d'entreprise et autres Tp 940) était la suivante : *«La personne responsable du marché peut décider qu'un marché sera passé sans publicité, voire sans mise en concurrence, s'il apparaît que de telles formalités sont, du fait des caractéristiques du marché, manifestement inutiles ou impossibles à mettre en œuvre»*. Les collectivités publiques ont besoin de sécurité juridique et une disposition, comme celle-ci, qui leur laisse un pouvoir d'appréciation serait intrinsèquement mauvaise car sujette à interprétation et donc à contentieux.

Mais si l'on juge qu'il y a là un facteur de trop grande incertitude, c'est le principe même de la procédure adaptée que l'on met en cause. Vouloir simultanément la simplicité et la sécurité juridique est un objectif ambitieux que l'administration et le juge doivent assurément partager. Mais sans aller, pour l'atteindre, jusqu'à la suppression pure et simple de la règle de droit.

Nous vous proposons donc d'annuler le décret en tant qu'il modifie l'article 28.

La question de la mise en œuvre de votre jurisprudence *AC!*¹³ se pose. La circonstance que, ce faisant, vous mettiez ce faisant entre parenthèses des principes communautaires n'est pas dirimante, eu égard à l'effet d'antidote de la sécurité juridique (Sect 27 octobre 2006, société Techna, p. 451 ; 24 juillet 2009 Comité de Recherche et d'Information Indépendante sur le Génie Génétique à publier).

Le risque principal est la nullité des marchés passés selon une procédure irrégulière, plus exactement sans procédure. On ne connaît pas l'ampleur exacte des désordres possibles : ni le nombre de contrats d'un seuil inférieur à 20000€, ni la proportion de ceux qui sont en cours d'exécution ou ont été passés ou sont complètement exécutés, ni au sein de ses masses tant la proportion de ceux qui auraient quand même fait l'objet d'une procédure transparente d'attribution que de ceux qui n'ont pas fait l'objet d'une telle procédure et pour lesquels l'abstention pourrait être justifiée par d'autres motifs qu'un montant inférieur au seuil. Le risque maximal est de l'ordre de 200M€. Toutefois, ce montant ne représente pas la perte potentielle pour les acheteurs publics mais l'enjeu global d'éventuels litiges qui donneraient lieu à des solutions variées sur un plan financier. Le nombre de ces litiges comme leur issue probable est impossible à évaluer.

Ces incertitudes, la circonstance que l'application de la jurisprudence *AC!* dans était sans effet sur les actions (en responsabilité) que pourraient engager les candidats illégalement évincés¹⁴ comme le rôle exceptionnel assigné à cette forme de validation par le juge vous avaient convaincus de n'en faire application ni dans la décision *ATMMP*, ni dans la décision du 9 juillet 2007 syndicat EGF-BTP qui a annulé quelques dispositions du CMP 2006. Votre très récent arrêt d'assemblée Commune de Béziers du 28 décembre dernier

¹³ Ass.11 mai 2004 Association *AC!* et autres p 197 concl. C. Devys

¹⁴ Voir en ce sens la note de JH. Stahl et A.Courrèges à l'attention de M. le Pdt de la Section du Contentieux RFDA 2004.438 selon laquelle il convient « *de s'en tenir à l'idée qu'un dispositif d'annulation différée ne saurait avoir pour conséquence d'interdire de rechercher la responsabilité des collectivités publiques* ».

(n°304802) qui a limité le champ des moyens conduisant de manière automatique à la nullité des contrats dans les litiges entre les parties est à placer du même côté de la balance.

De l'autre côté, pèse d'un certain poids, outre le caractère moins exceptionnel que prévu de l'application de la jurisprudence *AC!*, l'adoption, postérieure aux décisions *ATMMP* et *Syndicat EGF-BTP*, de votre arrêt *Tropic*¹⁵ puis l'entrée en vigueur au 1^{er} décembre dernier de la transposition de la nouvelle directive recours¹⁶. Il y a là la perspective d'un développement de recours par les tiers qui n'existait à l'époque que sous la forme principale, assez rebutante, du recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables. Vous ne devez pas être insensibles à ce risque ni à la période et aux circonstances dans lesquelles interviendraient une annulation dont l'effet perturbant sur l'économie même dans des proportions très faibles serait inopportun, beaucoup d'espoir étant placé dans l'action des collectivités publiques, notamment locales, pour soutenir l'économie.

Cet élément nous convainc de vous proposer de faire une application de la jurisprudence *AC!* à la fois en supprimant l'effet rétroactif de l'annulation – sous réserve des actions engagées - et en donnant un effet différé à la date de l'annulation.

La fin de l'année 2010 que propose le ministre de l'économie en rappelant que ce texte fait partie du plan de relance est une perspective trop lointaine et le délai ainsi défini manifestement disproportionné pour tirer les conséquences de l'annulation. Quelques mois devraient suffire. Nous vous proposons de retenir le 1^{er} avril prochain.

Terminons par la demande que M^o Perez forme sur le terrain de l'article L.761-1 CJA et que vous rejetterez faute que l'intéressé établisse avoir engagé de réels frais dans cette affaire, notamment les services d'un confrère.

Et par ces motifs, nous concluons à l'annulation du décret du 19 décembre 2008 en tant qu'il modifie l'article 28 du code des marchés publics, à ce que cette annulation ne prenne effet qu'au 1^{er} avril 2010 les dispositions en cause se voyant conférer un effet définitif sous réserve des actions engagées et au rejet du surplus des conclusions de la requête.

¹⁵ Ass 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation, n° 291545, p. 360.

¹⁶ Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, modifiant le livre V du CJA