



Indemnisation et violation du droit des marchés publics

Catherine Prebissy-Schnall

► **To cite this version:**

Catherine Prebissy-Schnall. Indemnisation et violation du droit des marchés publics. Contrats concurrence consommation, LexisNexis, 2010. hal-01875184

HAL Id: hal-01875184

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01875184>

Submitted on 17 Sep 2018

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.

« Indemnisation et violation du droit des marchés publics : CJUE, 30 sept. 2010, Stadt Graz, aff. C-314/09 », *Contrats Concurrence Consommation* n° 12, décembre 2010, comm. 279.

Catherine Prebissy-Schnall

Le droit d'obtenir des dommages et intérêts en raison d'une violation du droit des marchés publics par un pouvoir adjudicateur ne peut être subordonné au caractère fautif de cette violation. La voie du recours indemnitaire est ainsi renforcée au profit des concurrents évincés.

[CJUE, 30 sept. 2010, aff. C-314/09, Stadt Graz](#)

Note :

Dans un arrêt du 30 septembre 2010, la Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée sur la conformité de la législation autrichienne à la [directive communautaire 89/665/CEE du 21 décembre 1989](#) dite « directive Recours » portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux. Dans le cadre d'un litige opposant une collectivité (la Stadt Graz) à un concurrent évincé de l'attribution d'un marché public (Strabag e.a), la juridiction autrichienne demande à la Cour s'il y a lieu de considérer comme étant contraire à la directive toute réglementation nationale qui, d'une façon ou d'une autre, conditionne le droit du soumissionnaire à des dommages et intérêts à l'existence d'une faute du pouvoir adjudicateur.

Cette question doit d'abord être rétablie dans son contexte (I), avant que ne puisse en être dégagé le sens de la réponse et examinée la portée (II et III).

I. – Contexte : un vrai « parcours du combattant » pour obtenir une indemnisation. – En 1998, la Stadt Graz a lancé, dans le cadre d'une procédure ouverte, un appel d'offres au niveau de l'Union européenne pour la fabrication et la livraison d'enrobés bitumeux à chaud. Le délai de réalisation des prestations devait courir du 1er mars au 20 décembre 1999. La collectivité a choisi d'attribuer le contrat à l'entreprise de construction Held & Franck Bau GmbH (ci-après « HFB ») au motif que son offre était la mieux-disante. En effet, cette entreprise était sur le point de disposer d'une nouvelle installation de mélange d'asphalte à compter du 17 mai 1999 et avait signalé ce fait au moment du dépôt de son offre dans une lettre indiquant qu'elle ne serait donc pas en mesure de respecter les délais d'exécution du marché. Un des candidats évincés (Strabag e.a.) a introduit un recours pour contester le choix de l'attributaire estimant que l'entreprise « HFB » n'était pas en mesure d'exécuter techniquement le marché, faute d'existence d'une installation de fabrication d'enrobés à chaud au moment de l'attribution du marché en cause. Toutefois, la commission de contrôle des adjudications du Land de Styrie (Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark) a estimé que « le fait d'exiger l'existence d'une installation de production d'enrobés à chaud au moment de l'ouverture des offres était disproportionné par rapport à l'objet du marché et contraire aux usages de la vie économique ». Le pouvoir adjudicateur a alors attribué le contrat à l'entreprise HFB.

À la suite d'un nouveau recours déposé par la société autrichienne Strabag, les juges ont finalement considéré que le marché avait été attribué de manière illégale par la Stadt Graz. Forte de cette dernière décision, Strabag a également introduit une action tendant à la

condamnation de la collectivité au versement en sa faveur de la somme de 300 000 euros au titre de dommages et intérêts. L'argumentation s'appuyait sur la faute commise par le pouvoir adjudicateur : celui aurait dû écarter la proposition de « HFB » puisqu'elle était incompatible avec les termes de l'offre. Son inertie est donc fautive. De son côté, la collectivité s'est retranchée derrière la première décision rendue par le Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark (qui lui était favorable) pour refuser d'indemniser.

Si les juges du fond ont estimé fondée la demande en réparation, la juridiction d'appel a considéré qu'il convenait de s'interroger sur l'existence d'une faute commise par la collectivité. La jurisprudence autrichienne est en effet muette sur « la responsabilité pour faute du pouvoir adjudicateur dans une situation caractérisée, comme en l'espèce, par l'existence, à la date de l'attribution du marché au plus offrant, d'une décision du Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark confirmant la position dudit pouvoir adjudicateur » (pt 22). Les juges d'appel ont déclaré que leur arrêt était alors susceptible d'un recours en révision devant l'Oberster Gerichtshof. Ce recours en révision a, en effet, été introduit par le pouvoir adjudicateur.

La question préjudicielle posée par l'Oberster Gerichtshof est la suivante : la [directive 89/665/CEE](#), dite « directive recours », doit-elle être interprétée comme s'opposant à une « réglementation nationale subordonnant le droit d'obtenir des dommages et intérêts en raison d'une violation du droit des marchés publics par un pouvoir adjudicateur au caractère fautif de cette violation », y compris lorsque cette réglementation repose sur une présomption de faute du pouvoir adjudicateur ?

Cette directive a été modifiée par la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 relative à l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics. Elle a donc pleinement bénéficié des effets positifs de la modernisation et de la simplification des règles auxquelles ont abouti les [directives n° 2004/18/CE et n° 2004/17/CE](#). Son objectif est d'offrir à tous les États membres le même niveau standard, minimum de garanties juridiques en matière de recours. Ceci signifie que lors de la transposition de la directive communautaire, la règle peut subir des variations dans le but d'accorder effectivement des dommages et intérêts aux personnes lésées par une violation du droit des marchés publics (*CJCE, 27 févr. 2003, Santex, aff. C-327/00 : Rec. CJCE 2003, I, p. 1877, pt 47. – CJCE, 19 juin 2003, GAT, aff. C-315/01 : Rec. CJCE 2003, I, p. 6351, pt 45*). L'arrêt va plus loin en dotant toutes les parties concernées d'un niveau équivalent d'accessibilité à la voie de recours indemnitaire.

II. – Sens de la réponse : une accessibilité renforcée des soumissionnaires à la procédure de recours indemnitaire. – La Cour de justice de l'Union européenne considère que « la [directive 89/665](#) doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale subordonnant le droit d'obtenir des dommages et intérêts en raison d'une violation du droit des marchés publics par un pouvoir adjudicateur au caractère fautif de cette violation, y compris lorsque l'application de cette réglementation repose sur une présomption de faute dudit pouvoir adjudicateur ainsi que sur l'impossibilité pour ce dernier d'invoquer l'absence de capacités individuelles et, partant, d'imputabilité subjective de la violation alléguée ». On peut en déduire deux principes : d'une part, l'indemnisation en cas de violation du droit des marchés publics ne nécessite pas l'existence d'une faute du pouvoir adjudicateur (faute prouvée ou présumée). En prévoyant une indemnisation en cas de violation fautive du droit des marchés publics, la législation autrichienne est donc contraire aux objectifs de la directive. D'autre part, même si le pouvoir adjudicateur allègue des causes de justification de son comportement (ignorance des règles applicables, ambiguïté des dispositions réglementaires,

agissement en toute bonne foi...), ces causes restent sans effet sur la demande de dommages et intérêts. Ainsi, en l'espèce, est contraire aux objectifs de la directive la possibilité accordée à la collectivité de se soustraire au paiement des dommages et intérêts en prouvant le caractère excusable de l'erreur de droit qu'elle a prétendument commise.

Quelle est la portée de cette jurisprudence communautaire sur le droit français ? Est-ce que la seule violation du droit des marchés publics par un pouvoir adjudicateur va entraîner une obligation de réparer les conséquences dommageables ?

III. – Portée : vers une responsabilité de plein droit du pouvoir adjudicateur ?. – En France, le concurrent qui considère qu'il a été irrégulièrement évincé d'une procédure de passation d'un marché public peut demander la réparation du préjudice qu'il estime avoir subi (recours indemnitaire classique soumis à la prescription quadriennale). S'il réclame en outre la nullité du contrat, son action s'inscrit dans celle de la contestation de validité du contrat permettant à un concurrent évincé de saisir le juge du contrat dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées (*CE, ass., 16 juill. 2007, Sté Tropic Travaux Signalisation : RFDA 2007, p. 923, notes F. Moderne et D. Pouyaud*). Contrairement aux référés précontractuel et contractuel, la lésion du requérant n'est pas une condition du recours *Tropic* (*TA Caen, 9 juill. 2009, Sté foncière d'investissements immobiliers et Sté Foncim, req. n° 0800458. – TA Paris, 2 juill. 2010, Sté Cegelec Paris, req. n° 0812756* : « il n'appartient pas au juge du contrat, saisi par un concurrent évincé d'un recours de plein contentieux contestant la validité du contrat, de rechercher si ce dernier se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée, sont susceptibles de l'avoir lésé, fût-ce de façon indirecte, en avantageant une entreprise concurrente »).

Les conditions d'indemnisation sont fondées sur le régime classique de la « perte de chance sérieuse » (*CE, 1er juill. 2005, Sté Didactic, req. n° 263672* : [Contrats-Marchés publ. 2005, comm. 301, note F. Llorens.](#) – *CE, 27 janv. 2006, Cne d'Amiens, req. n° 259374*). Dans ce cadre, il appartient au juge de distinguer trois situations : si l'entreprise était dépourvue de toute chance de remporter le marché, le requérant n'a le droit à aucune indemnisation ; Si le concurrent évincé n'était pas dépourvu de chance de remporter le marché sans avoir toutefois des chances sérieuses, il a droit en principe au remboursement des frais qu'il a engagés pour présenter son offre. Si, enfin, l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché, elle a droit à l'indemnisation de l'intégralité du manque à gagner qu'elle a subi. La prise en compte de considérations d'équité permet donc de percer la logique indemnitaire fondée sur la perte de chance. L'octroi de dommages et intérêts n'est pas conditionné par l'action fautive ou non du pouvoir adjudicateur puisque la perte de chance peut trouver son origine dans un fait de la personne publique n'ayant pas un caractère fautif. Mais, pour obtenir une indemnisation, le requérant doit démontrer au juge administratif qu'il avait des chances sérieuses d'obtenir le marché au lieu et place de l'entreprise attributaire. Cette démonstration se fait très souvent à l'aide des pièces communicables du marché comme notamment le rapport d'analyse des offres (*CE, 16 nov. 2009, Région Réunion, req. n° 307620* : [Contrats, conc. consom. 2010, comm. 53, obs. C. Prebissy-Schnall](#)). En vérité, le juge constate l'irrégularité ou l'illégalité commise par le pouvoir adjudicateur avant d'en tirer les conséquences au plan indemnitaire. C'est notamment le cas dans le cadre du recours « *Tropic* » où le juge prononce non seulement la nullité du contrat mais indemnise le concurrent évincé au motif qu'il a été victime d'un manquement qui a précisément conduit à la censure du contrat. Quel que soit le type de recours indemnitaire intenté, il n'existe donc aucune garantie d'indemnisation pour le requérant puisque celle-ci dépend des circonstances de l'affaire.

Le principe posé par la CJUE est tout autre car il implique une indemnisation automatique, systématique dès lors que la violation du droit des marchés publics est établie. En ce sens, on se trouve ici face à un régime de responsabilité sans faute permettant au juge de mettre en jeu la responsabilité des personnes morales de droit public sans porter de jugement de valeur sur leur action, sans rechercher à établir si le fait générateur du dommage a été fautif. Même si le choix du fondement de responsabilité sans faute est délicat, il n'est pas inenvisageable. Hauriou indiquait que les « choses se passent comme si l'État gérait, en sa qualité de personne morale, une assurance mutuelle contractée entre les administrés contre le risque des accidents administratifs. L'idée d'une assurance pareille procède logiquement du principe de l'égalité devant la loi et devant les charges publiques » (*M. Hauriou, Les actions en indemnité contre l'État pour préjudices causés dans l'administration publique : RD publ. 1896, p. 51*). On pourrait alors estimer que toute rupture d'équilibre entre les candidats à un marché public doit entraîner une compensation sur le fondement de l'égalité des charges publiques. Le préjudice subi par le concurrent évincé qui se voit, par exemple, empêché de soumissionner à la passation d'un contrat peut être caractérisé de préjudice à la fois spécial et anormal (*F. Rolin, Naissance de « l'action en contestation de la validité du contrat » : RDC, 1er avr. 2008, n° 2, p. 465*). On pourrait aussi se demander si la notion de risque pourrait servir à établir l'existence d'une forme de responsabilité sans faute à l'occasion des contrats administratifs. Pour tenter d'expliquer la notion de délit d'octroi d'avantage injustifié ([C. pén., art. 432-14](#)), certains auteurs emploient le terme de « risque pénal » : le pouvoir adjudicateur qui viole les dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public est présumé avoir fait le choix de courir un risque pénal. Pourtant le risque pénal n'est pas un risque mais une véritable faute. C'est l'élément d'incertitude qu'on peut déceler dans l'application complexe de la réglementation des marchés qui nous pousse à recourir à la notion de risque.

Bref, on perçoit les dangers de la transposition de la jurisprudence communautaire en droit national. Certes, elle opérerait un renforcement du droit à indemnisation des opérateurs s'estimant lésés du fait de la violation du droit des marchés publics par un pouvoir adjudicateur. Mais elle conduirait également à toute une réflexion quant au choix du fondement de responsabilité adéquat avec le risque de créer un nouveau régime de responsabilité de plein droit propre au droit de la commande publique.

Mots clés : Marchés publics. - Recours indemnitaire. - Faute du pouvoir adjudicateur. - Directives communautaires