

David Hasday : « L'arrêt SMIRGEOMES n'est pas un revirement de jurisprudence mais une simple inflexion ! »

Après la déferlante de commentaires provoqués par la décision SMIRGEOMES du Conseil d'Etat du 3 octobre 2008, Maître David Hasday, avocat associé au cabinet HDLM avocats, a souhaité revenir sur cet arrêt qui, selon lui, n'est pas un revirement de jurisprudence mais une simple inflexion.



L'arrêt de section du Conseil d'Etat du 3 octobre 2008 n'est pas passé inaperçu dans le petit monde de la commande publique. Maître David Hasday, avocat au barreau de Paris, se montre cependant plus réservé quant à la portée qu'il faudrait donner à cette décision. « Il ne peut être exclu que cet arrêt a été rendu en Section du contentieux en raison du « couac » qui a eu lieu en mai dernier sur le site Légifrance afin de lui apporter tout le crédit nécessaire aux yeux de ses protagonistes qui ont vu dévoiler une partie de leur affaire alors même que la décision n'était pas encore rendue. Il s'agissait alors de donner du poids à une décision qui avait connu un historique malheureux », explique d'entrée l'avocat. Il ne mâche pas ses mots envers ceux qui selon lui se sont précipités à expliquer l'arrêt. « Je ne suis pas d'accord avec l'interprétation donnée à cette jurisprudence selon laquelle le référé précontractuel ne serait plus un contentieux objectif. Je pense qu'il s'agit d'une explication donnée un peu trop rapidement par certains commentateurs. En droit, il faut savoir prendre le recul nécessaire à la réflexion pour comprendre le sens, la portée et le contenu d'un arrêt. Si on suit ces commentaires, cela voudrait dire que le Conseil d'Etat, qui n'aurait pas estimé nécessaire de rendre la décision en Assemblée Générale, aurait « modifié » le texte de loi (ndlr : article L.551-1 du code de justice administrative (CJA) ». L'avocat insiste sur le fait qu'il n'y a pas eu selon lui de revirement de jurisprudence. « Quel est le revirement ? Je n'en vois pas à la lecture de l'arrêt », s'interroge-t-il.

Une utilisation « perverse » du référé précontractuel ?

« A l'origine, le référé précontractuel était un recours peu usité qui obligeait l'entreprise requérante à informer préalablement le pouvoir adjudicateur du manquement considéré. A cette époque, il était démontré que les manquements avaient lésé l'entreprise », explique Maître Hasday. Il y avait alors une approche technique du dossier. La portée du grief invoqué ne pouvait être appréciée qu'à la lumière des explications données par le requérant sur les raisons qui l'empêchaient de remettre une offre ou qui le désavantageait. « Peu à peu, on s'est éloigné du grief technique qui rendait impossible ou plus difficile la soumission. Nous sommes passés dans une phase où les AAPC devaient être en conformité avec les modèles communautaires. A force d'avoir une vision trop formaliste, on a ouvert la boîte de Pandore. Il suffisait de lister les omissions, les rubriques non renseignées pour obtenir l'annulation d'un marché, sur lequel la personne publique avait travaillé pendant plusieurs mois », développe l'expert. Toutefois, le référé précontractuel a eu un effet bénéfique, celui d'instaurer une véritable concurrence et une transparence grâce aux mentions des AAPC. Ces mentions sont particulièrement importantes pour assurer l'égal accès de tous à la commande publique. Maître Hasday estime en outre que les manquements d'un AAPC peuvent avoir des conséquences sur le comportement des entreprises candidates. « Une rubrique mal renseignée ou non renseignée peut dissuader le candidat de répondre. Par exemple, prenons la case AMP : l'entreprise présentera une offre différente selon que le marché sera ou non couvert par l'accord AMP. En effet, elle pourra faire un effort supplémentaire sur le prix si le marché est uniquement communautaire ». Il admet qu'une rubrique mal remplie ou omise soit sanctionnée. Mais il constate les abus commis par certaines entreprises dans l'utilisation de ce recours. Abus qui handicapent le référé précontractuel en lui faisant perdre son véritable état d'esprit. « La décision SMIRGEOMES s'inscrit dans la perspective de faire cesser les recours mal intentionnés ».

Une solution déconnectée de la réalité ?

« L'article L.551-1 du CJA n'a en rien été modifié. Dans ses conclusions le commissaire du Gouvernement DaCosta a proposé trois axes d'inflexions possibles au régime du référé précontractuel, mais à aucun moment il ne parle de revirement de jurisprudence. Il faudrait être de mauvaise foi pour dire qu'il n'y a pas eu d'inflexion. Le commissaire a demandé au Conseil d'Etat de juger que « les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur aux obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements... ». Dans sa décision, la Haute Juridiction considère que les manquements invoqués doivent être susceptibles d'avoir lésé l'entreprise et il ajoute « ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ». Le Conseil d'Etat suit partiellement son commissaire en plaçant un curseur temporel, c'est-à-dire que désormais en fonction de l'état d'avancement de la procédure de passation, les entreprises ne pourront invoquer que tel ou tel manquement », développe Maître Hasday. Dans sa décision, le juge semble donc avoir posé le principe selon lequel à partir du moment où l'entreprise a déposé sa candidature ou son offre, on ne voit pas comment elle a pu être lésée par certains manquements. Cela voudrait dire qu'au stade de l'offre, l'entreprise ne peut plus se prévaloir de manquements relatifs à des phases précédentes. « Cette décision permet de sanctionner les recours mal intentionnés », remarque l'avocat. Mais cette solution contrevient au droit communautaire. « La directive recours ne dit à aucun moment que la recevabilité du manquement dépend des phases de la procédure dans lesquelles on se trouve ». Une telle décision correspond-elle à la réalité des choses ? « A partir de quand une entreprise sait que tel manquement peut lui être préjudiciable ? Lors de la lettre de rejet de sa candidature ou de son offre ou si elle prend connaissance du PV de la CAO. Or, selon la CADA (ndlr : commission d'accès aux documents administratifs), le document reste au stade préparatoire tant que le marché n'est pas signé ou que la procédure n'est pas abandonnée. Si l'entreprise attend la signature, elle se ferme les portes du référé précontractuel. Donc dire qu'à partir du dépôt de l'offre, l'entreprise ne peut plus faire état de manquements de phases antérieures, c'est ajouter au texte un curseur temps qui n'est pas matériellement praticable. Si on place le curseur temps en amont de l'AAPC tous les manquements sont susceptibles d'être invoqués. Les entreprises peuvent alors attaquer le plus en amont possible, mais ce n'est pas dans leur intérêt », souligne Maître Hasday. Selon lui, il faut se réjouir de cette inflexion qui va permettre d'assainir et de redonner au référé précontractuel sa véritable valeur. Mais encore une fois, il insiste sur le fait que l'arrêt

SMIRGEOMES n'est pas une remise en cause du caractère objectif du référé et encore moins un revirement de jurisprudence mais une simple inflexion !

[CE 3 octobre 2008 SMIRGEOMES](#)

[Conclusions du commissaire du gouvernement Da Costa sous l'arrêt SMIRGEOMES](#)