

Annulation du relèvement du seuil de 20 000 € : chronique d'une censure annoncée ?

- Certains marchés, selon leur montant estimé, peuvent être soumis à des mesures allégées de publicité et de concurrence.
- Ce seuil, relevé à 20 000 euros en décembre 2008, vient d'être annulé par le Conseil d'État, cette mesure trop générale, ne prenant pas en compte les critères d'appréciation tels l'objet du marché, son montant ou le degré de concurrence dans le secteur, qui eux peuvent justifier des formalités allégées.

Auteur

Gilles Le Chatelier, conseiller d'État, directeur général des services de la région Rhône-Alpes

Référence

CE 10 février 2010, M. Perez, n° 329100

Mots clés

Marchés publics • Procédure de passation • Publicité • Mise en concurrence • Montant estimé du marché • Transparence • Seuil de 20 000 € • Seuil de 4 000 €

Le souci de simplification du droit qui anime le gouvernement, ainsi que celui de favoriser l'activité économique avaient justifié la mission confiée à Jean-Luc Warsmann, président de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République par un décret du 30 juin 2008. Parmi les conclusions de son rapport, remis le 2 décembre 2008, figurait notamment la proposition de remonter les seuils de passation des marchés publics au niveau de ceux figurant dans les directives communautaires. De même, était préconisé le passage de 4 000 à 20 000 € du seuil en dessous duquel aucune formalité de publicité et de mise en concurrence préalable n'était requise. Le gouvernement devait suivre cette recommandation dans des délais rendus plus rapides par la situation de crise économique dans laquelle le pays s'enfonçait depuis quelques semaines. Ainsi, l'article 1^{er} du décret n° 2008-1356 du 19 décembre 2008 modifiait le quatrième alinéa de l'article 28 du code des marchés publics pour disposer désormais que : « Le pouvoir adjudicateur peut décider que le marché sera passé sans publicité ni concurrence préalable si les circonstances le justifient, ou, si son montant estimé est inférieur à 20 000 € ». Plusieurs commentateurs avisés avaient rapidement fait part de leur doute quant à la légalité du relèvement de ce seuil⁽¹⁾. M. Perez, avocat, a demandé l'annulation de ces dispositions au Conseil d'État qui a fait droit à sa demande dans la décision ici commentée. Après avoir rappelé les données de la question ainsi posée à la Haute Assemblée (I), la solution retenue est examinée (II) puis les conséquences de cette annulation, en particulier pour les praticiens, sont décrites (III).

I. Les données du problème

La principale difficulté posée par cette disposition consiste bien évidemment dans la capacité que se reconnaît le pouvoir réglementaire d'exonérer les pouvoirs adjudicateurs de toute mise en concurrence et publicité préalables pour les marchés

(1) J.-D. Dreyfus, « Les nouvelles mesures de simplification du droit des marchés publics », AJDA, 2009, p. 306.

se situant en dessous d'un certain seuil. Nicolas Boulouis, dans ses conclusions sur la décision commentée⁽²⁾, soulignait à raison que cette question – sans doute particulièrement intéressante – ne pouvait être discutée utilement devant le juge de l'excès de pouvoir dès lors que l'existence de ce seuil résultait d'un texte réglementaire antérieur et que le mécanisme de l'exception d'il-légalité ne joue pas pour un texte modificatif, sauf l'exception traditionnelle admise pour la matière pénale. C'est en effet le décret n°2004-1298 du 26 novembre 2004 qui a prévu cette règle, présentée comme facilitant l'achat public pour les opérations les plus courantes.

Cependant, très vite, la question de l'exception aux règles « normales » de concurrence déterminée en fonction du simple montant du marché a posé question. En effet, la jurisprudence a semblé faire sienne une approche selon laquelle les obligations de publicité et de mise en concurrence commençaient « au premier euro » de l'achat public et que, si exception il pouvait y avoir, celle-ci devait être justifiée par des éléments objectifs liés à l'objet et à la nature de la prestation demandée. Ainsi, le Conseil d'État avait annulé l'exclusion par principe des formalités de publicité et de mise en concurrence préalables pour les « marchés de services de l'article 30 » en relevant que : « Si certains marchés publics de service [...] peuvent être passés sans publicité préalable et même, éventuellement, sans mise en concurrence, en raison de leur objet ou de situations répondant à des motifs d'intérêt général, il ne saurait en résulter que tous ces marchés puissent être conclus sans respecter les principes rappelés par l'article 1^{er} du code. »⁽³⁾ De la même manière, le Conseil d'État avait précisé la notion de marché adapté en indiquant qu'il appartenait au pouvoir adjudicateur de prévoir les modalités de publicité et de mise en concurrence adaptées « à l'objet du marché, à son montant et au degré de concurrence »⁽⁴⁾. La logique prescrite est ici la même : la publicité et la mise en concurrence sont normalement toujours requises, l'intensité des mesures à prescrire à ce titre pouvant varier en fonction des critères ainsi énoncés.

La question se pose alors de savoir si l'adaptation peut aller jusqu'à l'exonération complète de ces deux séries de formalités. Dans la pratique, s'agissant des marchés à procédure adaptés, les pouvoirs adjudicateurs respectent en général ces deux formalités, mais bien évidemment selon des modalités plus légères que celles prescrites par le code au-delà de certains seuils⁽⁵⁾. Restait bien évidemment la catégorie expressément exonérée par le code de ces deux formalités, dont le plafond avait été porté de 4000 à 20000 € par le décret contesté.

Or, cette exception peut continuer de susciter certains doutes. En effet, la jurisprudence communautaire semble admettre que l'ensemble des marchés publics, même ceux non soumis en raison de leur montant aux obligations prescriptives des directives communautaires, sont soumis aux principes de publicité, de transparence et de respect de la concurrence. Cette conception de « l'unicité » des marchés publics a d'ailleurs été pour la première fois dégagée par la CJCE pour des contrats – les concessions de service – n'entrant pas dans le champ d'application des directives Marchés publics⁽⁶⁾. Plus précisément encore, la CJCE devait juger que « le seul fait que le législateur communautaire a considéré

que les procédures prévues 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 »⁽⁷⁾. Or, dans ce cas, ce sont bien les principes de publicité et de mise en concurrence qui sont principalement visés par ce rappel impérieux.

Le juge national a retenu une approche similaire, lorsqu'il a été amené à se prononcer sur la notion de « marché conclu en application du code des marchés publics » au sens des dispositions de l'article 2 de la loi Murcef du 11 décembre 2001. La question qui lui était posée, au titre d'une demande d'avis adressée par une juridiction subordonnée, consistait justement à savoir si le législateur avait entendu limiter cette catégorie aux seuls marchés soumis à une procédure contraignante pour leur conclusion. Le Conseil d'État avait fermement répondu par la négative, en jugeant que tous les marchés entrant dans le champ d'application du code des marchés publics, tel que défini aux articles 1^{er} et 2 du code, y compris ceux qui sont conclus sans formalité particulière, devaient respecter « les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures »⁽⁸⁾.

Dans ces conditions, et au-delà du principe du seuil d'exonération dont on a rappelé qu'il ne pouvait être remis en cause à l'occasion de ce litige, l'augmentation du montant exonérant les pouvoirs adjudicateurs du respect de formalités minimales en matière de publicité et de mise en concurrence à laquelle procédait le décret attaqué, posait pour le moins question.

II. La solution retenue

Si la censure apparaît peu surprenante au regard des rappels qui viennent d'être faits, le détail des motifs retenus amène à des réflexions intéressantes : celles-ci ont trait à la base juridique retenue (A) et au raisonnement suivi par le Conseil d'État pour censurer la disposition contestée (B).

A) Les bases juridiques de l'annulation

La Haute Assemblée, pour prononcer l'annulation de la disposition litigieuse, se fonde tout d'abord sur les « principes qui découlent de l'exigence d'égal accès à la commande publique » ; ceux-ci sont rappelés par les dispositions du II de l'article 1^{er} du code des marchés publics comme étant « les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ». Outre leur inclusion dans les dispositions réglementaires du code, on sait que ces principes se sont vus reconnaître une valeur constitutionnelle depuis une dizaine d'années⁽⁹⁾. On l'a rappelé également précédemment, le juge européen en a fait des principes généraux du droit communautaire.

Pourtant la décision commentée, reprenant d'ailleurs la ligne traditionnelle de la jurisprudence, ne qualifie pas la nature juridique de ces principes, alors même que le juge administratif hésite de moins en moins à faire précisément référence aux principes à valeur constitutionnelle ou issus du droit européen dont il fait application aux litiges qu'il tranche. Cette prudence s'explique peut-être par le fait que la solution n'apparaît pas si évidente au

(2) Mon. TP, cahier réglementaire du 19 février 2010, p. 20 et s.

(3) CE 23 février 2005, *Asso. pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP)* : Lebon, p. 71.

(4) CE 7 octobre 2005, *Région Nord-Pas-de-Calais* : Lebon, p. 423.

(5) Notamment, le seuil de 90000 € pour les mesures de publicité conformément à l'article 40 du CMP.

(6) CJCE 7 décembre 2000, *Telaustria*.

(7) CJCE 3 décembre 2001, *Bent Moustén Vestergaard c/Spøttrup Boligsejklab – CJCE 20 octobre 2005 Commission c/France*.

(8) CE 29 juillet 2002, *Sté MAJ Blanchisserie de Pantin* : Lebon, p. 297.

(9) CC 26 juin 2003, DC n°2003-473 sur la loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit ; CC 24 juillet 2008, DC 2008-567 sur la loi relative aux contrats de partenariat.

regard du droit communautaire. En effet, le juge communautaire a entendu appliquer les principes généraux du droit communautaire aux marchés non couverts par des prescriptions impératives, dès lors qu'ils présentent un intérêt transfrontalier⁽¹⁰⁾ certain. De même, des éléments de droit comparé peuvent être de nature à introduire un doute quant à l'illégalité, au regard des normes européennes, du système français. Ainsi, un même seuil de 20 000 € en dessous duquel les pouvoirs adjudicateurs sont exonérés de toute obligation de publicité et de mise en concurrence préalables a-t-il été retenu par le Royaume-Uni, l'Italie, la Suède et l'Autriche. Ce même seuil a été porté à 70 000 € au Danemark. Quant à la Commission européenne elle-même, elle aurait adopté un seuil de 25 000 €... Ces éléments, tant de droit que de fait, pouvaient rendre plus délicate une censure prononcée sur le fondement de la violation du droit communautaire, sauf à poser une question préjudicielle à la CJCE, exercice auquel le juge national ne requiert qu'en cas de nécessité impérieuse pour le jugement du litige qui lui est soumis.

B) Le raisonnement suivi par le Conseil d'État

Le Conseil d'État, dans la décision commentée, a considéré comme contraire à ces principes le relèvement à 20 000 € du seuil en dessous duquel les pouvoirs adjudicateurs pouvaient conclure des marchés sans publicité ni mise en concurrence préalable. Ce faisant, il a en revanche continué de reconnaître la possibilité que certains marchés puissent s'abstenir de devoir respecter de telles formalités. Ainsi, il a estimé que « ces principes ne font pas obstacle à ce que le pouvoir réglementaire puisse permettre au pouvoir adjudicateur de décider que le marché sera passé sans publicité, voire sans mise en concurrence, dans les seuls cas où il apparaît que de telles formalités sont impossibles ou manifestement inutiles notamment en raison de l'objet du marché, de son montant ou du degré de concurrence dans le secteur considéré ». Aussi, ce que le Conseil d'État censure c'est la généralité de la mesure de relèvement du seuil sans prise en compte des critères d'appréciation qu'il énumère et qui peuvent, eux, valablement justifier l'exception.

À ce titre, l'indication parmi les critères du montant du marché doit particulièrement être relevée. On peut sans doute y voir une forme de justification du seuil antérieurement en vigueur et une validation du raisonnement selon lequel les marchés de faible montant – par exemple ceux ne dépassant pas 4 000 € – pourraient se voir légalement exonérés de cette formalité. Certes, la décision ne dit pas les choses aussi clairement, mais, par sa référence à un critère de montant, elle ne semble pas condamner non plus le principe même d'un seuil en dessous duquel ces formalités ne seraient pas obligatoires.

La décision commentée est ici également intéressante sur l'intensité du contrôle exercé par le juge. En effet, alors que le Rapporteur public avait proposé dans ses conclusions un contrôle restreint de l'erreur manifeste d'appréciation, le Conseil d'État semble avoir admis un entier contrôle en relevant que le relèvement de manière générale du seuil méconnaissait les principes d'égalité d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Alors que l'exercice du pouvoir réglementaire est le plus souvent soumis au contrôle restreint, respectant ainsi les nécessaires marges d'appréciation dont doit disposer le gouvernement dans son action, la motivation retenue se situe sur le terrain de la méconnaissance directe de la règle de droit. C'est aussi un signal adressé

au gouvernement que l'exercice de son pouvoir réglementaire dans le champ des marchés publics est soumis à un contrôle plus étroit, ce qui paraît explicable, compte tenu des principes ici en cause.

III. Les conséquences de l'annulation prononcée par le Conseil d'État

Deux points méritent d'être ici soulignés. D'abord, le Conseil d'État a utilisé la possibilité qu'il se reconnaît depuis 2004 de moduler dans le temps les effets de l'annulation prononcée⁽¹¹⁾. Ainsi, l'annulation n'est prononcée qu'à compter du 1^{er} mai 2010, « eu égard au grand nombre de contrats en cause et à leur nature ». Cela signifie donc qu'un pouvoir adjudicateur peut, jusqu'à cette date, conclure un marché de moins de 20 000 € sans que sa signature ait été précédée d'une publicité et d'une mise en concurrence préalables, même si le respect du principe de légalité et une certaine forme de prudence doivent inciter les personnes publiques à appliquer immédiatement la décision du Conseil d'État⁽¹²⁾. La Haute Assemblée a sans doute été ici sensible au fait que l'obligation de publicité et de mise en concurrence, selon une procédure adaptée, bouleverse les prévisions d'achat en cours des collectivités publiques et ne retarde inutilement certains de leurs projets. Il s'agit ici moins de garantir la sécurité juridique que de s'assurer de la continuité du service public au profit duquel la commande publique s'exprime quotidiennement. On peut aussi considérer que le Conseil d'État valide rétroactivement l'ensemble des marchés qui auraient été conclus avant sa décision et qui auraient fait application des facilités offertes par le décret du 19 décembre 2008. En revanche, comme toujours en cas d'emploi par le juge de la possibilité de moduler dans le temps les effets de l'annulation, la décision est sans effet sur les contentieux contre des marchés de moins de 20 000 € déjà engagés à la date où cette dernière est intervenue et portant sur le défaut de publicité ou de mise en concurrence.

La seconde remarque concerne l'état du droit applicable avec l'intervention de la décision ici commentée. L'annulation prononcée des dispositions litigieuses de l'article 1^{er} du décret du 19 décembre 2008 a pour effet de faire revivre la disposition antérieurement applicable, c'est-à-dire en l'espèce de restaurer le seuil de 4 000 € en dessous duquel les marchés peuvent être conclus sans publicité ni mise en concurrence préalable. Inévitablement et compte tenu des termes de cette décision, certaines interrogations peuvent se faire jour sur la légalité de ce seuil. Certes, comme on l'a vu précédemment, la référence à la possibilité d'exonération compte tenu du montant du marché ouvre une perspective de validation d'un seuil de 4 000 € qui apparaît après tout d'un niveau modeste, surtout comparé aux exemples étrangers précités. Dans l'autre sens, certains auront beau jeu de rappeler que le Conseil d'État a surtout censuré dans la décision « Perez » la généralité de la mesure d'exception aux règles habituelles des marchés publics, fondée sur un critère unique. On ne peut dans ces conditions pas exclure que la chronique juridictionnelle se poursuive sur ce sujet⁽¹³⁾... ■

(11) CE ass. 11 mai 2004, *Asso. AC !* : Lebon, p.197, concl. C. Devys – Pour la reconnaissance de l'importance de ce mécanisme dans le contentieux des marchés publics, CE ass. 28 décembre 2009 *Cne de Béziers* : AJDA, 2010 p.142.

(12) Voir pour cette analyse F. Linditch, JCP A, 15 février 2010 p.47.

(13) Il suffirait en effet qu'un requérant saisisse le Premier ministre d'une demande d'abrogation de cette disposition, puis attaque le probable refus de faire droit à sa demande...

(10) CJCE 13 novembre 2007 *Commission c/Irlande* : AJDA, 2007 p.2116 – CJCE 15 mai 2008, *Commission c/Italie*.