HAL
open science

Seuil de dispense de procédure : CE, 10 février 2010, Pérez (annulation du décret n°2008-1356 du 19 décembre 2008 relatif au relèvement de certains seuils du code des marchés publics)

Catherine Prebissy-Schnall

To cite this version:

Catherine Prebissy-Schnall. Seuil de dispense de procédure : CE, 10 février 2010, Pérez (annulation du décret n°2008-1356 du 19 décembre 2008 relatif au relèvement de certains seuils du code des marchés publics). Contrats Concurrence Consommation, 2010. hal-01877816

HAL Id: hal-01877816

https://hal.parisnanterre.fr/hal-01877816

Submitted on 20 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.

« Seuil de dispense de procédure : CE, 10 février 2010, Pérez (annulation du décret n°2008-1356 du 19 décembre 2008 relatif au relèvement de certains seuils du code des marchés publics) », *Contrats Concurrence et Consommation*, avril 2010, comm. n° 104.

Catherine Prebissy-Schnall

Le Conseil d'État a annulé, à compter du 1er mai 2010, le décret n° 2008-1356 du 19 décembre 2008 en tant qu'il faisait passer de 4 000 à 20 000 euros le seuil des marchés pouvant être passés sans publicité ni mise en concurrence.

CE, 7e et 2e ss-sect., 10 févr. 2010, req. n° 329100, M. Perez : JurisData n° 2010-000403

Ce n'est pas la première fois qu'un requérant demande l'annulation d'une disposition du Code des marchés publics et qu'il obtient satisfaction. Avec cet arrêt du 10 février 2010, et en tenant compte des différentes moutures du Code des marchés publics, on comptabilise désormais quatre annulations partielles prononcées par le Conseil d'État *(CE, 5 mars 2003, Union nationale des services publics industriels : JurisData n° 2003-064979 ; Rec. CE 2003, p. 107. – CE, 23 févr. 2005, req. n° 264712, Assoc. pour la transparence et la moralité des marchés publics autres : JurisData n° 2005-068145 ; Dr. adm. 2005, comm. 65. – CE, 9 juill. 2007, req. n° 297711, Synd. EGF-BTP et autres, CE, 10 févr. 2010, req. n° 329100, Perez : JurisData n° 2010-000403)*. La raison est toujours la même : la méconnaissance des principes fondamentaux de la commande publique.

Dans notre espèce, la Haute assemblée avait été saisie par un avocat, Franck Pérez, d'une demande en annulation contre le décret du 19 décembre 2008 modifiant l'article 28 du Code des marchés publics et procédant au relèvement du seuil de 4 000 à 20 000 euros. En tenant compte de cette modification, l'article 28 était désormais ainsi rédigé : *« (...) 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 euros HT »*. En sa qualité d'avocat, le requérant était susceptible de passer des marchés de prestations de service relevant de l'article 30 du Code des marchés publics. Or cet article prévoit que les marchés de prestations de services juridiques peuvent être passés selon une procédure adaptée dans les conditions prévues par l'article 28. Autrement dit, une procédure adaptée est requise pour la passation de ces contrats au-dessus de 20 000 euros alors qu'en dessous, le pouvoir adjudicateur n'y est pas contraint. Le requérant considère que ce changement de seuil méconnaît les principes d'égalité d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Le Conseil d'État lui donne raison et supprime le seuil de 20 000 euros en raison de son caractère général et de son montant. Afin que cette annulation ne remette pas en cause les nombreux marchés d'ores et déjà passés sur le fondement du nouveau seuil, ce qui serait contraire au principe de sécurité juridique, le Conseil d'État a précisé que l'**annulation des dispositions du décret en cause ne prendrait effet qu'à compter du 1er mai 2010**, sous réserve des actions engagées contre des actes pris sur leur fondement.

La solution du Conseil d'État était prévisible au regard de sa jurisprudence habituelle *(CE, 24 févr. 2010, req. n° 333569, Cté de cnes de l'enclave des Papes)* et au regard du droit communautaire *(CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98, Telaustria, CJCE, 3 déc. 2001, aff. C-59/00, Bent Mousten Vestergaard)*. Pour autant, elle n'est pas forcément cohérente avec

l'esprit de la commande publique qui impose une certaine souplesse et des contraintes mieux adaptées à la taille du marché. En l'espèce, le Conseil d'État devait répondre à la question suivante : en autorisant les acheteurs publics à ne passer aucune formalité préalable en-dessous de 20 000 euros, le décret de 2008 est-il ou non entaché d'illégalité au regard des principes fondamentaux de la commande publique ? Puisque la réponse à cette question est positive, on peut alors s'en poser d'autres : Faut-il conserver un montant en deçà duquel le marché serait dispensé de tout formalisme, c'est-à-dire sans publicité ni mise en concurrence ? Comment concilier l'instauration d'un seuil avec l'obligation de respecter les grands principes de la commande publique dès le premier euro ?

Au-delà de ses effets juridiques (à compter du 1er mai 2010, dispense de procédure sous 4 000 euros, procédure adaptée au-dessus), cet arrêt pose donc une série d'interrogations qui relancent la réflexion sur la façon d'organiser au mieux la passation des petits marchés.

1re interrogation : Faut-il remettre en cause l'existence même d'un seuil de dispense de procédure ?

2e interrogation : Quel est le montant du seuil en deçà duquel la dispense de procédure doit être considérée comme trop générale et donc illégale dans la mise en œuvre des principes fondamentaux de la commande publique ?

I. – Faut-il remettre en cause l'existence même d'un seuil de dispense de procédure ?

Comme le souligne le rapporteur public dans ses conclusions, « 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 ». Aussi, le Conseil d'État ne s'est pas prononcé, en l'espèce, sur l'existence même d'un seuil. Tous les pays européens ont d'ailleurs prévu un seuil au-dessous duquel aucun formalisme n'existe. Le Danemark a adopté un seuil de 70 000 €. Le Royaume-Uni, l'Italie, la Suède et l'Autriche ont retenu un seuil de 20 000 €. La Commission européenne, quant à elle, s'est dotée d'un règlement interne fixant à 10.000 € le seuil de l'obligation de mise en concurrence *(Rapp. Warsmann, déc. 2008 sur la qualité et la simplification du droit, p. 192).* L'Union européenne a même tenté, en avril 2006, de proposer aux États membres une communication interprétative qui relèverait ce seuil à 40 000 euros. Mais cette tentative d'unification a échoué, la France considérant que la spécificité de la démographie de ses acheteurs publics devait être prise en compte dans la définition de ce seuil. Le seuil de dispense de procédure est donc un instrument de bonne gestion permettant aux pouvoirs adjudicateurs de s'affranchir d'un encadrement trop rigoureux pour les petits achats. Mais cette dispense de procédure accordée aux marchés publics (dont le montant n'excède pas 20 000 euros hier, 4 000 euros aujourd'hui), reste sous le garde-fou de l'article 1er du Code des marchés publics qui pose les principes fondamentaux de transparence, de liberté d'accès et d'égalité de traitement. L'idée n'est pas de laisser penser que tout est permis en autorisant l'acheteur à modeler sa procédure comme il l'entend : absence de formalisme ne signifie pas absence de concurrence ou de transparence, bien au contraire. La difficulté est précisément de mettre en place une règle du jeu claire et sincère qui permette également de se prémunir contre le risque contentieux et notamment le risque pénal de favoritisme (condamnation de la pratique du « saucissonnage » qui consiste à fractionner de manière artificielle un marché en dehors des cas où la passation d'un marché fractionné est exceptionnellement autorisée par le Code des marchés publics sous la forme d'un marché à

bon de commandes, d'un accord-cadre ou d'un marché à tranches conditionnelles). La lecture de l'article 28 du Code des marchés publics ne se fait pas seulement à la lumière des principes généraux de l'achat public mais également à la lumière du Code pénal : on imagine difficilement comment un acheteur soupçonné de favoritisme peut se défendre s'il n'a pas conservé une traçabilité de ses décisions, quel que soit le montant de ses achats *(Cass. crim., 14 févr. 2007, n° 06-81.924 : JurisData n° 2007-037891)*. Ceci explique pourquoi les pouvoirs adjudicateurs élaborant des guides internes des procédures non seulement pour optimiser leurs processus achats mais aussi et surtout pour les sécuriser. Or, certains de ces règlements intérieurs sont parfois encore plus rigides que les procédures formalisées et empêchent les praticiens de se mouvoir efficacement dans les espaces de libertés accordés par le code.

Le Conseil d'État est bien conscient de cette situation puisqu'il précise dans sa décision que les principes fondamentaux de la commande publique « 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 ». il s'agit bien là d'un simple rappel des limites ou exceptions posées par l'article 28 du Code des marchés publics. Par conséquent, au-delà du principe même d'un seuil, c'est bien la question du niveau de ce seuil qui pose problème. Quel aurait été le sens de la décision du juge si le montant avait été inférieur à 20 000 euros ? Un seuil de 10 000 euros aurait-il pu davantage s'accorder avec la réalité des marchés des collectivités locales et ne pas être annulé par le juge ?

II. – Quel est le montant du seuil en deçà duquel la dispense de procédure doit être considérée comme trop générale et donc illégale dans la mise en œuvre des principes fondamentaux de la commande publique ?

Si le relèvement du seuil à 20 000 euros a permis une revitalisation de l'économie, l'annulation de ce seuil conduit à un retour à la lourdeur en rendant obligatoire la passation de « mini MAPA » dès 4000 euros. À partir du 1er mai 2010, les marchés compris entre 4 000 et 90 000 euros devront faire l'objet de mesures de publicité et de mise en concurrence adaptées. Comme l'indique la fiche explicative de la Direction des affaires juridiques du 16 février 2010 *(http://www.minefe.gouv.fr/directions_services/daj/marches_publics/annulation_seuil_20_000_euros.pdf)*, le I de l'article 40 du Code des marchés publics devra en effet être lu comme disposant de nouveau que « *en dehors des exceptions prévues au quatrième alinéa de l'article 28 ainsi qu'au II de l'article 35, tout marché ou accord-cadre d'un montant égal ou supérieur à 4.000 euros est précédé d'une publicité [...]* ».

La solution du Conseil d'État contrarie ainsi l'objectif d'efficience économique. Le seuil de 20 000 euros a été fixé dans un contexte de crise financière et de récession mondiale où il appartenait au gouvernement de protéger le cœur du tissu économique français avec la création de nouvelles mesures d'ordre économique tendant à faciliter l'accès à la commande publique. Son montant restait encore bien faible par rapport à nos voisins européens.

On peut donc se demander en quoi le relèvement du seuil à 20 000 euros constituait une méconnaissance des principes généraux de la commande publique puisque ce nouveau montant contribuait à alléger les marchés les moins importants dans un souci de rationalisation de l'achat public ? La particularité de la matière de la commande publique

réside dans sa plasticité architecturale : Comme tout édifice, le droit des marchés publics réclame des éléments nécessaires de rigidité, de sécurité juridique (un code avec des règles). Mais comme cet édifice est soumis aux aléas de la vie économique (crise financière, coûts de renégociation...), il doit être capable de s'adapter à la réalité de son terrain. Aussi, il est normal de doter l'architecte d'instruments d'une grande souplesse (comme la procédure adaptée, les marchés sans formalités). On rejoint, ici, le rapporteur public Nicolas Boulouis qui, dans ses conclusions, explique que les notions de transparence comme celle de la liberté d'accès à la commande publique sont des notions, « relatives à l'objet du marché, à son montant et au degré de concurrence principalement et donc à la nature du pouvoir adjudicateur. (...) 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 ». Cette souplesse implique donc forcément la création de zones d'ombre sur le détail du formalisme à respecter. Ainsi, par exemple, lorsque l'article 28 du code autorise la passation de marché sans publicité ni concurrence préalable, on ne comprend pas bien si cet article autorise réellement une absence totale de publicité (et donc de traçabilité) ou s'il demande à ce que la publicité soit la moins coûteuse possible notamment au regard de l'objet du marché. C'est ce qui explique pourquoi certains acheteurs publics, sous couvert de cette dispense de procédure, ne prennent pas le temps de définir avec précisions leurs besoins, cherchent à pousser au maximum le prix à la baisse et s'exposent au risque de se voir proposer des offres inadaptées. S'il convient donc de surmonter les flous juridiques pour sécuriser la passation d'un contrat, il faut également conserver cette plasticité sans laquelle l'objectif économique ne serait pas atteint. La recherche de cet équilibre entre souplesse et rigidité-sécurité permet de prendre conscience de la nécessité de sortir de la logique « déresponsabilisante » de la procédure et d'entrer dans une logique d'efficacité où l'utilisation des différents outils est guidée par le souci de rationalisation de l'achat public.

Mots clés : Règles de concurrence et commande publique, Marché public, Seuil, Dispense de procédure