

Vers une vraie réforme du régime du contentieux des marchés publics en droit grec ?

MARIANTHI STATHAKI

Doctorante à l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne

Au lendemain du fameux arrêt *Tropic Travaux Signalisation* du Conseil d'État français et conformément à la procédure prévue par l'article 251 du TFUE, la Commission européenne a proposé au Parlement et au Conseil des ministres un projet de réforme des directives « recours ». Ce projet a été significativement amendé par le Parlement européen, suivi du Conseil. Le produit final en est la directive 2007/66/CE. Cette dernière prévoit tant l'amélioration de mécanismes préexistants que des nouveautés procédurales, aboutissant à l'innovation du recours en référé et notamment à son efficacité quant à la sauvegarde des principes d'égalité de traitement, de transparence et de libre concurrence.

En premier lieu, la directive vise à renforcer en amont l'efficacité des procédures de recours au référé précontractuel déjà prévu par les directives anciennes dites « recours » (89/665/CEE et 92/37/CEE) qui constituent globalement une délimitation de la liberté procédurale des États membres en instituant des délais suspensifs et en imposant une publicité préalable pour les marchés de gré à gré assortis d'une période dite de « *standstill* » (*i.e.* une période de gel). À côté de ces nouveautés, mérite d'être soulignée la création d'une nouvelle voie de recours contre le contrat, le référé contractuel, qui pourrait apparaître comme fragilisant les contrats mais qui vise, au contraire, à assurer leur stabilité. Il s'agit, comme nous allons le voir par la suite, d'un recours plutôt exceptionnel, qui repose sur le caractère disproportionné de la menace. Son but principal est de conforter l'efficacité du référé précontractuel, en évitant son contournement.

Bien évidemment, la transposition du simple renvoi au texte de la directive n'est pas une solution, car elle laisse entière la question des solutions à adopter dans les cas où la directive laisse une option aux États membres sur la base du principe de liberté procédurale dont ces derniers jouissent. Il leur incombe donc de réaliser une mise en conformité de leur droit interne avec les normes posées par les directives et ce travail, qui peut se heurter à des obstacles politiques, demande du temps.

Au niveau du droit national, après expiration du délai de transposition et sous la pression de la signature du protocole d'attente en vue de la mise en œuvre du plan de sauvetage commun Union européenne / Fonds Monétaire International (UE / FMI), le gouvernement grec s'est engagé à accomplir la transposition de la directive « recours » 2007/66/CE au plus tard à la fin du premier semestre 2011, et avec elle la confirmation des dispositions européennes tendant à améliorer l'efficacité des procédures de recours en matière de passation de marchés publics. Près d'une année après l'expiration du délai de transposition en juin 2010, le Ministre de la Justice, de la Transparence et des Droits de l'Homme a engagé une procédure publique sur un projet de loi intitulé « Protection juridictionnelle au cours de la passation de marchés publics selon la directive 2007/66/CE » et préparé par une Commission spéciale présidée par le vice-président du Conseil d'État Athanassios Rantos. Finalement, en septembre 2010, le Parlement a adopté la loi à laquelle était imputé le fait dommageable. Sauf disposition particulière expresse, la procédure contentieuse était régie par les règles générales modifiant désormais le code du contentieux administratif grec¹. Nous rappelons en ce qui concerne le droit français que la transposition de ladite directive est réalisée quelques mois avant l'expiration du délai posé par l'Union européenne. Christine Lagarde, Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, a présenté, en Conseil des ministres du 6 mai 2009, une ordonnance relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, incorporant les exigences du droit européen. Il s'agit de l'ordonnance du 7 mai 2009.

Sous le prisme des similarités significatives que les systèmes nationaux du contentieux administratif en France et en Grèce présentent (la dualité des juridictions, l'institution du Conseil d'État comme Cour administrative suprême, etc.), nous estimons intéressant de démontrer leurs différences contentieuses en matière de marchés publics quand les deux pays essaient de demeurer conformes aux exigences européennes.

Plus précisément, nous sommes en présence d'une innovation du régime contentieux en matière de marchés publics par le droit européen dérivé : délais restrictivement prévus, nouvelle voie de recours post-contractuelle, renforcement de la protection juridictionnelle des concurrents évincés. Néanmoins, nous estimons que le problème se pose quant aux choix que le législateur national a fait, entreprenant de trouver le meilleur équilibre entre l'incorporation des exigences européennes et leur conformité avec les autres dispositions procédurales. Au moment où le juge national français jouit d'un pouvoir prétorien, son homologue grec, engagé dans un système à plusieurs vitesses et dans un contrôle limité d'excès de pouvoir, a besoin de

¹ C. YANNAKOPOULOS, « Le contentieux des contrats publics en Europe - La Grèce », *RFDA*, n° 1, 2011, p. 31.

l'intervention du législateur national afin qu'il obtienne les « outils » institutionnels et législatifs lui permettant de devenir efficace.

Tout d'abord, il convient d'examiner la conceptualisation de la notion de marchés publics telle qu'incorporée dans les droits nationaux des États membres, étant donné qu'il s'agit d'un terme plutôt répandu en droit européen. Pour la définir, nous pouvons nous appuyer sur les dispositions des directives 2004/18/CE *relative aux marchés des travaux, des services et des fournitures* et 2004/17/CE *relative aux secteurs spéciaux*² du 30 avril 2004. En transposant la directive du 11 décembre 2007, l'ordonnance française du 7 mai 2009 a adopté une définition matérielle tendant à un assouplissement du régime de la protection juridictionnelle des contrats administratifs en général, fidèle à l'effort amorcé par la loi dite « Sapin » de 1993. Elle a élargi le champ d'application du référé par rapport à ce qu'il était naguère, intégrant « les contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison des fournitures ou la prestation des services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public »³. De l'autre côté, malgré la transformation de la compétence désormais exclusive du juge administratif, le droit grec a maintenu un système à plusieurs vitesses presque identique à celui imposé par la loi n° 2522/1997 précédente, comme nous verrons par la suite.

Par ailleurs, dans le contentieux français des marchés publics il existe également le recours dit « Tropic », un recours d'origine purement prétorienne, créé comme nous l'avons cité par la jurisprudence du Conseil d'État français dans son arrêt du 16 juillet 2007 *Tropic Travaux Signalisation*. Par cette voie, le droit français offre un recours supplémentaire aux « concurrents évincés » avant même l'entrée en vigueur de la directive « recours » 2007/66/CE. Dans ces termes, le Conseil d'État prévoit que la directive transposée quelques mois après soit applicable aux personnes « qui ont intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence ». Toutefois, ce recours purement prétorien est plus ouvert puisqu'il peut être fondé sur des manquements de publicité et de mise en concurrence, mais également sur toutes les irrégularités affectant le contrat. En effet, il s'agit d'un outil véritablement important aux mains de concurrents évincés puisqu'il constitue un recours de plein contentieux. De plus, aucun contrat n'est explicitement exclu du champ de son application⁴. Son ouverture aux seuls concurrents évincés suppose que le contrat ait

² Pour une classification des quatre générations des directives relatives aux marchés publics cf. L. RICHER, *L'Europe des marchés publics*, Paris, LGDJ Lextenso éditions, 2009.

³ C. BERGEAL-F. LENICA, *Le contentieux des marchés publics*, Paris, Éditions du Moniteur, 2^{ème} édition, 2010, pp. 87 et s.

⁴ D. POYAUD, « Le contentieux des marchés publics en Europe - France », *RFDA*, n° 1, 2011, p. 6.

été soumis à l'obligation de mise en concurrence – c'est-à-dire qu'il ne s'adresse en fait pas à tous les contrats. Quoiqu'il en soit, son champ d'application paraît plus large que celui du référé contractuel (par exemple, les contrats visant à organiser le domaine public) comme nous l'expliquerons ensuite (cf. II A).

Sans prévoir une telle possibilité, mais en essayant de demeurer conformes aux demandes du droit européen, les nouvelles dispositions de la loi grecque n° 3886/2010 offrent également un recours post-contractuel, que la directive pose restrictivement pour les mêmes raisons. Toutefois, malgré le transfert de compétence aux cours administratives d'appel – déjà suffisamment handicapées par leur lenteur – le juge compétent a conservé un contrôle limité de l'excès de pouvoir, traditionnellement opéré, selon la Constitution grecque, par le Conseil d'État⁵.

Après ces remarques, nous nous demanderons si les évolutions européennes en matière de contentieux des marchés publics ont atteint leur but. S'agit-il d'une vraie rupture par rapport au régime de la protection juridictionnelle ou d'une seule réforme ponctuelle incapable de sauvegarder la transparence et la libre concurrence dans la procédure de passation? Et même si nous soutenons que la directive 2007/66/CE est correctement structurée pour corriger les défauts procéduraux, est-ce que le législateur grec l'a transposée en maintenant son sens originel? Le régime actuel a-t-il incorporé la réforme de sorte que la protection juridictionnelle devienne efficace?

Pour que nous puissions répondre à ces interrogations, nous décrirons dans la première partie les régulations des deux systèmes contentieux nationaux (c'est-à-dire celui qui est régi par le droit grec et celui qui est régi par le droit français) afin de démontrer les problèmes que l'expérience a révélé (I). Ensuite, dans la deuxième partie, nous nous demanderons si ces problèmes ont trouvé une solution propre en droit interne après l'entrée en vigueur de la directive « recours » de 2007 (II).

I – LES ENJEUX PRINCIPAUX EN GRÈCE AVANT LA DERNIÈRE DIRECTIVE « RECOURS »

Bien évidemment, la directive « recours » du 11 décembre 2007 a abrogé les directives anciennes, c'est-à-dire les directives 89/665/CE et 92/13/CE qui régissaient le contentieux des marchés publics en matière de passation, avec pour objectif une procédure adaptée à l'ouverture du marché européen à la concurrence.

⁵ F. ARNAOUTOGLOU, *I aítisi asfalistikou metron tou nomou 3886/2010*, Athènes, Éditions Nomiki Vivliothiki, 2011, pp. 209 et s.

Afin que nous suivions les évolutions des deux régimes concernés et soumis au droit européen, nous présenterons d'abord leurs points caractéristiques, en se concentrant davantage sur leurs inconvénients les plus graves.

1) *Une protection limitée des tiers*

En traitant le contentieux sous l'angle des personnes susceptibles d'exercer les recours en matière contractuelle, nous distinguons traditionnellement deux catégories principales : les parties et les tiers au contrat⁶. La protection des deux catégories constitue outre une garantie de bon fonctionnement du marché, un droit indispensable des personnes impliquées. Elle est assurée par l'article 20 de la Constitution grecque mais également par des dispositions internationales, comme l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies (ONU), l'article 11, paragraphe 1, alinéa 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de l'ONU signé en 1966⁷, les articles 1 et 6 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales (CESDHLF)⁸, et l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Toutefois, le système contentieux grec paraît assez complexe tant en ce qui concerne la protection définitive que la protection provisoire des personnes impliquées aux marchés publics. Les défauts d'un tel système sont manifestement démontrés après l'ouverture des contrats administratifs à la libre concurrence.

Plus précisément, avant 1983, tous les litiges relatifs aux contrats administratifs sont tranchés par le juge civil, quelque soit leur objet. Ensuite, le contentieux administratif grec prévoit trois procédures cumulatives offrant une protection juridictionnelle : une procédure d'urgence devant le juge judiciaire dans le cas où le marché public en question était soumis au droit civil, une procédure devant le Conseil d'État dans le cas de l'exercice d'un recours pour excès de pouvoir habituellement accompagné d'un recours en référé (ou sursis à exécution) auprès de la Commission de sursis du Conseil d'État, et une procédure après l'exercice d'un recours de plein contentieux auprès des tribunaux administratifs. Les litiges relatifs aux contrats de concession ou aux contrats de partenariat public-privé ne sont pas soumis à ce système contentieux, étant donné qu'une procédure arbitrale est prévue à leur égard⁹.

⁶ D. POYAUD, « Le contentieux des marchés publics en Europe - France », *op. cit.*

⁷ Ratifié par la Grèce en 1997 (loi n° 2462/1997).

⁸ Ratifiée par la loi n° 2329/1953 et après la fin de la dictature en 1974 par le décret législatif n° 53/1974.

⁹ Cf. C. YANNAKOPOULOS, *La protection de la libre concurrence dans l'exécution des contrats administratifs*, Athènes, Éditions Ant. N. Sakkoulas, 2006, pp. 660 et s.

Toujours fidèles à la théorie des actes détachables, seuls les actes unilatéraux sont susceptibles d'être attaqués au moyen du recours pour excès de pouvoir (à titre d'exemple, attaquer un acte unilatéral relatif à la procédure de passation constitue toujours une possibilité), tandis que le contentieux relatif au contrat lui-même appartient au plein contentieux¹⁰¹¹. Néanmoins, avant les dernières évolutions européennes, la possibilité d'un recours destiné directement contre le contrat lui-même était un privilège des parties intervenantes exclusivement. Nous nous référons au recours ancien du référé précontractuel, ouvert à toutes les personnes « ayant intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué ». Par cette voie, il était possible que le juge compétent bloque la procédure de passation d'un contrat qui ne respectait pas les règles de publicité et de mise en concurrence, quelle que soit son origine, nationale ou européenne. Les dispositions du régime précédent affaiblissaient l'efficacité du recours, offrant une protection presque inefficace.

Simultanément à ce système compliqué, plutôt orienté vers la protection des parties cocontractantes, l'Assemblée du Conseil d'État grec a jugé à la majorité dans l'arrêt n° 4942/1995 que les sociétés concurrentes ne justifiaient pas d'intérêt à agir dans le cadre du recours pour excès de pouvoir auprès du Conseil d'État, au motif que la décision du Conseil ministériel prévoyant le paiement d'une contrepartie supplémentaire relative à la construction de l'œuvre ne constituait pas un acte administratif préjudiciable¹². Dans le même esprit est également prononcé l'arrêt n° 1923/2002 selon lequel, en principe, il n'est pas possible pour un tiers concurrent d'exercer un recours pour excès de pouvoir à l'encontre d'un acte d'exécution du contrat, au motif que ce type d'acte ne constitue pas un acte détachable. En effet, ces personnes ne peuvent pas former un recours en plein contentieux car les tiers n'ont pas le droit de s'immiscer dans l'évolution du rapport contractuel. Le seul moyen en leur possession est une action en réparation du préjudice qu'ils ont subi du fait de l'exécution du contrat¹³.

Bien évidemment, il s'agissait d'un système plutôt axé sur la sauvegarde des intérêts des parties dans le cadre duquel « au premier aspect du moins, la Justice s'est rendue moins accessible pour la personne non impliquée au marché et qui estime que ses intérêts sont atteints »¹⁴, pour reprendre les mots du Professeur Flogaïtis¹⁵.

¹⁰ Nous remarquons que cette distinction est fondée sur les articles 94, § 3 et 95, § 1 de la Constitution grecque, complétés par les articles 1 et 2, alinéa 10 de la loi n° 1406/1983.

¹¹ Selon une jurisprudence stable, seuls les litiges entre les cocontractants qui portent sur la validité, l'interprétation, l'exécution ou la résiliation d'un contrat administratif sont des litiges de pleine juridiction et relèvent en premier ressort de la compétence des Cours administratives d'appel.

¹² Cf. surtout la pensée n° 4 de l'arrêt.

¹³ C. YANNAKOPOULOS, « Le contentieux des contrats publics en Europe - La Grèce », *op. cit.*

¹⁴ Ceci est notre traduction.

En même temps, il existe des dispositions imposant une protection des tiers au marché, mais elles n'ont pas trouvé leur expression contentieuse. À titre d'exemple, nous pouvons citer les lois n° 3310/2005 et n° 3414/2005 modifiant l'article 5, paragraphe 1¹⁶. Est-ce que cependant toutes les personnes tiers au marché méritent une telle protection contentieuse, ou seules celles justifiant une liaison avec le marché le méritent ? Sur ce point, il convient d'effectuer une pondération entre le libre exercice du droit d'accès au juge et l'*actio popularis*, déterminant *in concreto* de l'intérêt légitime¹⁷.

En tout cas, le recours en référé précontractuel, même aux mains des tiers au sens de concurrents évincés, ne permettait pas au juge des référés de contrôler les règles de compétence ou l'appréciation des mérites respectifs des candidats¹⁸. Il s'agit d'un contrôle limité « à un stade où les violations peuvent encore être corrigées [...] ce qui constitue certainement le meilleur moyen d'empêcher que les situations se fixent et ne puissent ensuite être entièrement remises en cause : en bloquant le processus de conclusion du contrat, on évite toutes les difficultés de remise en cause du contrat à posteriori »¹⁹. Comme le Professeur Yannakopoulos remarque judicieusement, le contentieux grec, fondé sur la loi n° 2522/1997 et complété par la législation nationale en dessous des seuils européens, a déduit l'exécution du marché public à une affaire *inter partes* des cocontractants. Postulant que la protection des tiers au marché constitue l'approche subjective de la sauvegarde de la libre concurrence²⁰, nous sommes à la fin vers un manquement aux dispositions européennes. La conséquence directe ? C'est l'application de la pratique connue sous l'appellation « course à la signature » afin que tant les parties cocontractantes que les concurrents évincés fassent échec à une éventuelle procédure qui demeurerait protégée par une immunité légitime.

¹⁵ Cf. S. FLOGAITIS, *Diokritiki sumvasi, ennoia kai fusi*, Athènes-Komotini, Éditions A. N. Sakkoulas, 1991, p. 83.

¹⁶ Il s'agit des lois relatives au contrôle des incompatibilités de l'actionnaire majoritaire aux contrats administratifs.

¹⁷ C. YANNAKOPOULOS, *La protection de la libre concurrence dans l'exécution des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 637.

¹⁸ D. POYAUD, « Le contentieux des marchés publics en Europe - France », *op. cit.*

¹⁹ P. DELVOLVÉ, « Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? », in *Mélanges R. Perrot*, Paris, Dalloz, 1995, p. 83.

²⁰ C. YANNAKOPOULOS, *La protection de la libre concurrence dans l'exécution des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 626.

2) *L'effet platonique à la sauvegarde de la concurrence*

Il est bien évident que le manquement le plus grave en matière de mise en publicité et de libre concurrence et qui constituait une pratique courante chez les parties aux contrats de commande publique était celui de la « course à la signature ». Directement après l'établissement du contrat, le pouvoir adjudicateur concluait et signait avec l'entreprise à laquelle il avait été attribué. Une fois le contrat signé, les tiers et surtout les concurrents évincés qui pouvaient justifier d'un intérêt à agir pour l'attaquer n'avaient aucune possibilité d'action. Par ailleurs, étant donné que l'exercice même du recours n'avait aucun effet suspensif, tous les recours préventifs déjà exercés devenaient sans objet. D'un point de vue doctrinal, cette pratique constitue sans doute un manquement à l'obligation de mise en concurrence et par suite, au principe de légalité de la procédure de passation des marchés publics.

Les directives 89/665/CE et 92/13/CE ont imposé, dans des procédures formalisées, l'institution d'un délai « raisonnable » entre la date à laquelle la décision de rejet de leur offre est notifiée aux candidats exclus et la date de signature du contrat afin de permettre l'exercice du référé précontractuel (délai de dix jours précisé par la directive du 11 décembre 2005).

Au temps où le référé précontractuel était le seul moyen aux mains des « personnes ayant un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué », le juge pouvait seulement agir « à un stade où les violations peuvent encore être corrigées [...] ce qui constitue certainement le meilleur moyen d'empêcher que les situations se fixent et ne puissent ensuite être entièrement remises en cause : en bloquant le processus de conclusion du contrat, on évite toutes les difficultés de remise en cause du contrat a posteriori »²¹.

Ce manque du droit européen a provoqué également des problèmes en Grèce. Le législateur national n'a pas suivi le législateur français qui, pour éviter ces manœuvres, disposait dans le cadre de la loi française du 30 juin 2000 que le juge pouvait enjoindre de différer la signature durant un délai de vingt jours. Néanmoins, il n'existait qu'une seule hypothèse et le délai se révélait parfois trop court pour devenir efficace. Pratique largement appliquée, la course à la signature renforçait le favoritisme de certaines entreprises qui, ayant dans la plupart des cas des relations clientélistes avec le pouvoir adjudicateur, devenaient des cocontractants de l'Administration. Par conséquent, la procédure de passation des marchés publics ne se caractérisait ni par la transparence ni par le libre accès des candidats à une relation contractuelle avec l'Administration, étant donné que ces derniers n'avaient pas suffisamment de temps pour exercer un recours efficace et attaquant la procédure elle-même : le recours devenait sans objet après la signature immédiate du

²¹ P. DELVOLVÉ, « Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? », *op. cit.*

contrat. Dans l'expérience grecque, cette pratique de la conclusion du contrat après des négociations sans procédure ouverte à la concurrence constituait le problème le plus grave, « préoccupant » la jurisprudence grecque.

En effet, le juge des référés ne peut prononcer des mesures permettant de rectifier ou de supprimer les manquements constatés que s'il statue avant la signature du marché, laquelle a pour conséquence de le « dessaisir » de ses pouvoirs²². « Les pouvoirs du juge du référé s'arrêtent où commencent ceux du juge du contrat »²³. De plus, il est à noter que le processus grec prévoit également la possibilité d'un recours quasi-juridictionnel auprès du pouvoir adjudicateur, conservé par la loi n° 2522/1997²⁴. Toutefois, le législateur a évité de préciser restrictivement la forme de ce recours, sans empêcher la saisine cumulative (et par conséquent le délai additionnel) du recours prévu par l'article 18 de la loi n° 2218/1994 auprès d'une personne de l'Administration autre que l'entité adjudicatrice. Cette institution des différents recours quasi-juridictionnels a créé un piège pour les personnes intéressées qui ne savent pas quelle forme de recours utiliser, au moment où même la jurisprudence pertinente ne paraît pas uniforme²⁵.

Face à ces problèmes étouffant la doctrine et la jurisprudence grecques, mais également les autres États membres de l'Union européenne, la Commission a commencé, à partir des directives 89/665/CE et 92/13/CE, un effort d'assainissement du régime procédural de passation des marchés publics en renforçant la protection juridictionnelle. Les nouvelles données du marché ouvert européen ont conduit de nouveau la Commission à entreprendre de remédier aux points faibles analysés ci-dessus, en adoptant la directive du 11 décembre 2007, laquelle a introduit quelques dispositions radicales qui régissent désormais la procédure. Mais ce qui a mérite d'être examiné est la question suivante : s'agit-il de vraies innovations ou seulement de solutions ponctuelles qui maintiennent l'espace libre pour l'expression de sélections arbitraires et de manquements à l'obligation de transparence ?

II – LES NOUVEAUTÉS INTRODUITES EN DROIT GREC : VERS UNE OPPORTUNITÉ MANQUÉE ?

Au moment où l'ouverture du marché européen se réalise, changeant les données et ayant pour but la correction des défauts du régime contentieux posé par

²² R. VANDERMEEREN, « Les recours ouverts aux entreprises : les contrôles de l'administration acheteuse. L'évolution du modèle français », in *Le contrôle des marchés publics*, Paris, IRJS, Tome 21, 2007, p. 45.

²³ C. BERGEAL-F. LENICA, *Le contentieux des marchés publics*, op. cit., p. 112.

²⁴ Cf. article 3, § 2 de la loi n° 2522/1997.

²⁵ À titre d'exemple, cf. l'arrêt de la Commission de sursis du Conseil d'État grec n° 1402/2008.

les anciennes directives 89/665/CE et 92/13/CE, la directive « recours » 2007/66/CE s'est concentrée sur l'amélioration de l'efficacité des recours potentiels. Pour y parvenir, elle a introduit deux nouveautés principales que nous pouvons caractériser comme ponctuelles, et que nous analyserons par la suite : un nouveau régime de recours en référé précontractuel et un nouveau recours, celui du référé contractuel.

Il convient de se demander si la réforme tend effectivement vers une vraie innovation du régime contentieux, capable de résoudre véritablement les problèmes apparus jusqu'à sa transposition dans le droit grec.

1) *Les nouvelles possibilités de recours également aux mains des concurrents évincés*

Comme nous l'avons déjà mentionné auparavant, la protection juridictionnelle en matière de marchés publics paraît incomplet – surtout sur la scène contemporaine d'un marché européen sans frontières, présentant les défauts que nous avons déjà entrepris d'analyser ci-dessus.

L'accès au juge demeure toujours un thème primordial en matière de contentieux des marchés publics. En ce point nous remarquons des innovations radicales en ce qui concerne les recours potentiels de ces dernières années, surtout après la directive du 11 décembre 2007.

La création de la nouvelle voie du référé contractuel vise à assurer la stabilité des marchés publics²⁶. Ce recours peut être considéré comme un recours exceptionnel qui repose sur le caractère disproportionné de la menace. Son but principal est de conforter l'efficacité du référé précontractuel, en évitant son contournement. C'est pour cette raison que l'exercice de ce recours apparaît restrictif. Les dispositions législatives nationales, toutes en conformité avec la directive européenne, retiennent seulement trois cas particuliers : l'absence totale de mesures de publicité ou l'omission de la publication au JOCE (i), la méconnaissance des modalités de mise en concurrence prévues pour la passation de contrats fondés sur un accord cadre ou un système d'acquisition dynamique (ii), et la signature du contrat avant l'expiration du délai de gel, qui doit permettre aux tiers de former le recours précontractuel (et encore dans ce dernier cas, faut-il que le demandeur établisse que cette méconnaissance l'a privé de son droit d'exercer le référé précontractuel et a affecté ses chances d'obtenir le contrat). Toutefois, la directive elle-même ne prévoit pas que le juge doive nécessairement « priver le contrat d'effet », selon la formule qu'elle retient. Elle lui réserve la possibilité de résilier le

²⁶ J.-P. JOUGUELET, « La nouvelle directive “ recours ” : des nouveautés surprenantes », *BjCP*, n° 56, 2008, p. 2.

contrat ou d'imposer une pénalité financière si cette privatisation d'effet se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général.

Les mesures possibles offertes par cette voie fondée sur l'article 8 de la loi n° 3886/2010 sont vraiment radicales : annulation rétroactive du marché litigieux, dans le cas où est repéré un manquement grave à la mise en publicité et/ou à la mise en concurrence restrictivement prévues. Plus concrètement, si le juge estime qu'il y a un manquement véritablement correspondant aux cas présentés ci-dessus, il jouit du pouvoir de prononcer soit l'annulation du marché, soit sa résiliation, soit la réduction de sa durée ou une pénalité financière. Toutefois, les raisons impérieuses d'intérêt général posent un tempérament aux mesures potentielles. La loi grecque reprend ainsi les termes de la directive, empruntés à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les validations législatives. En fait, la loi précise au paragraphe 4 de son article 8 qu'« Au moment où des motifs d'intérêt général imposent la conservation des effets du marché, bien qu'il soit en violation du paragraphe 1, le juge peut ne prononcer pas son annulation »²⁷²⁸. En tout cas, toutes les mesures provisoires (les possibilités classiques de suspension et d'injonction, etc.) ou définitives (résiliation du contrat litigieux, annulation rétroactive ou réduction de la durée) peuvent être prononcées d'office par le juge à condition d'en informer préalablement les parties²⁹.

Quoique cette nouvelle possibilité est offerte même aux concurrents évincés (qui sont, cette fois, précisément définis par la loi), il convient de souligner que le législateur grec a conservé la majorité des défauts du régime d'avant la transposition de la directive, sans instituer une vraie protection des concurrents évincés et le subséquent bon fonctionnement du marché. Les possibilités de recours au fond demeurent les mêmes selon la jurisprudence : recours en excès de pouvoir, recours de plein contentieux, action en réparation de préjudice. Les deux premiers types de recours sont uniquement accessibles aux parties cocontractantes ; le dernier est restrictivement disponible aux concurrents évincés, qui en fait incarnent le fonctionnement de la libre concurrence dans le marché. Dans le dernier cas, il est bien évident qu'une action en réparation ne peut se substituer *a priori* au contrôle exercé dans le cadre d'un recours en excès de pouvoir et par conséquent au rétablissement du fonctionnement normal du marché concurrentiel.

²⁷ Ceci est notre traduction.

²⁸ Cf. les dispositions homologues en droit français : article L. 551-7 du code de justice administrative français (modifié par l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, applicable aux contrats pour lesquels une consultation est engagée à partir du 1^{er} décembre 2009) : « le juge peut sanctionner le manquement soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général ».

²⁹ Cf. article R. 551-8 du code de justice administrative français.

En résumé, aujourd'hui, même si le droit européen incorporé aux dispositions législatives nationales impose des mesures assez graves comme la résiliation (ou *grosso modo* l'annulation rétroactive du marché litigieux), le juge grec demeure chargé d'un contrôle limité qui pourrait être étendu exclusivement après intervention du législateur national dans le cadre du principe de l'autonomie procédurale. Nous doutons que le contrôle institué par le législateur soit suffisant, surtout en ce qui concerne ses nouveaux pouvoirs (comme la résiliation rétroactive du contrat litigieux). Pour mieux comprendre ce manquement, nous renvoyons en droit français à la jurisprudence dite « Tropic Travaux Signalisation » où le but du Conseil d'État était assurément d'éviter une transposition législative de la directive recours qui aurait pu instituer le recours pour excès de pouvoir à l'encontre du contrat. Ce point faible démontre encore une fois le caractère ponctuel des dispositions nationales qui prennent en compte le fait que le législateur national soit également compétent pour procéder à des changements en droit interne de sorte de se conformer aux exigences européennes, et afin que la procédure globale devienne véritablement efficace. Par ailleurs, le droit européen pour sa part, malgré le fait qu'il limite dynamiquement l'autonomie procédurale des États membres par la voie des directives dites « recours »³⁰, n'institue pas un vrai accès direct aux juridictions européennes afin que soit sauvegardée la protection imposée par les directives. Par cette voie, le droit européen forcerait le juge national à être conforme à ces exigences, alors qu'il reste actuellement plutôt passif.

2) *Des délais fragilisant l'immunité du contrat*

Dans le cadre des nouveautés introduites dans la procédure contentieuse, l'amélioration, par l'institution de délais suspensifs, du recours au référé précontractuel déjà existant paraît primordiale afin d'écarter la pratique anticoncurrentielle de la « course à la signature », celle du recours à la procédure négociée sans publicité, ainsi qu'à d'autres pratiques anticoncurrentielles. De même, pour le nouveau recours du référé contractuel, sont posés des délais correspondants afin de renforcer son efficacité.

Nous estimons qu'en ce qui concerne le référé précontractuel, le problème le plus grave des directives « recours » - avant même celle du 11 décembre 2007 - était l'absence d'un délai suspensif entre la décision d'attribution du marché et sa conclusion. En ce point, la nouvelle directive dispose d'une période de gel en vertu de laquelle le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice doit s'abstenir de conclure le contrat pendant un délai minimum à compter de la décision

³⁰ En ce sens, cf. CJCE, 29 avril 2004, C-496/99 P, *Commission c/ CAS Succhi di Frutta SpA*, Recueil 2004, p. I-3801 ; surtout le point n° 116.

d'attribution³¹. Le délai prévu est d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché a été envoyée aux soumissionnaires et aux candidats concernés par des moyens électroniques ou télécopieur, ou quinze jours si d'autres moyens de communication sont utilisés. Par cette voie, pendant la période de gel, toutes les personnes justifiant d'un intérêt à agir (parties et concurrents évincés) peuvent exercer un recours préventif fondé sur les manquements de publicité et de mise en concurrence, sans peur qu'il devienne sans objet à cause de la signature du contrat.

Contrairement à une procédure purement judiciaire - et effectivement plus souple - instituée en droit français, le droit grec contient une obligation pour le requérant d'exercer un recours quasi juridictionnel (recours préalable). Le requérant potentiel doit introduire ce recours auprès du pouvoir adjudicateur, en respectant le délai - imposé par le droit européen - de dix jours à partir de la notification de la décision. Heureusement, en maintenant le recours quasi juridictionnel, la nouvelle loi grecque a enfin précisé sa forme afin que la procédure contentieuse devienne plus souple³². En fait, nous doutons qu'il s'agisse d'un vrai assouplissement étant donné que tout exercice du recours en référé dépend de la décision du pouvoir adjudicateur ou de son silence implicite après un temps vague de dix jours environ. Par ailleurs, la nouvelle loi grecque prévoit que les manquements à l'obligation de communication de ce recours n'impliquent pas l'irrecevabilité du recours en référé par suite ; cet enjeu a d'ailleurs parfois occupé la jurisprudence du Conseil d'État³³. Les requérants potentiels peuvent introduire un référé précontractuel jusqu'à la signature du contrat³⁴, c'est-à-dire jusqu'à la conclusion du contrat et en plus des dix jours de la période de gel, sans autres restrictions.

Ce qui mérite d'être souligné est le fait que la loi grec n° 3886/2010 et l'ordonnance française correspondante du 7 mai 2009 qui transposait la directive « recours » ont donné à l'exercice du référé précontractuel un effet suspensif, sauf dans le cas où le juge se prononce autrement dans son injonction. Le juge n'a donc plus à prononcer la suspension : elle est automatique et dure tant que le juge n'a pas statué sur le litige³⁵. Évidemment, nous estimons qu'il s'agit d'une réglementation

³¹ J.-F. LAFAIX, « La nouvelle directive “ recours ” ou l'esquisse d'une exigence de “ sanction adaptée ” - Commentaire de la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 », *Contrats et Marchés publics*, avril 2008, n° 4, étude 4.

³² C. YANNAKOPOULOS, « Le nouveau contentieux des marchés publics : une opportunité manquée pour encore une fois », *Journal du droit administratif*, n° 5, 2010, pp. 595-605.

³³ À titre d'exemple nous pourrions citer les arrêts de la Commission de sursis du Conseil d'État grec, n° D' 334/1999, B' 246/2009 et D' 572/2009.

³⁴ Cf. CE, sect., 3 novembre 1995, *CCI des Tarbes et des Hautes-Pyrénées*, n° 157304.

³⁵ Cf. article L. 551-4 du code de justice administrative français et article 5, § 2, alinéa 1 de la loi grecque n° 3886/2010.

radicale renforçant l'effectivité du recours préventif, et en même temps d'une réponse au problème de la course à la signature.

Parallèlement, le juge des référés s'engage également à respecter des délais fixes afin que la célérité - qui caractérise toute procédure d'urgence - de la procédure globale soit respectée. Plus concrètement, dans le cas du droit grec, quand le pouvoir adjudicateur doit examiner la requête du recours quasi juridictionnel dans les dix jours à compter de son dépôt, le juge compétent est obligé de statuer dans les vingt jours suivants, à partir de la date de l'audience³⁶. Toutefois, nous estimons qu'il s'agit d'une disposition inefficace, étant donné qu'elle ne pose aucun délai maximum spécifique durant lequel le juge doit se prononcer. En dehors de la seconde nouveauté introduite par la loi de 2010 transférant la compétence aux Cours administratives d'appel, il est bien évident que la réglementation est difficilement appliquée et pratiquement inefficace. Malheureusement, le législateur grec n'a pas, comme nous avons déjà noté, seulement maintenu le système à plusieurs vitesses mais il a, en plus, transféré la compétence des litiges intégrés à son champ d'application aux cours administratives d'appel qui sont connues pour leur grand nombre de litiges en attente et, de fait, pour le retard de leurs décisions. Sans aucun doute, nous sommes vers une nouveauté ponctuelle du droit grec qui ne prend pas en compte la réalité des juridictions grecques, et surtout leur charge de travail.

* * *

Bien évidemment, le législateur national grec a incorporé l'ensemble des nouveautés imposées par la directive « recours » et il a en même temps, grâce à la liberté procédurale dont il dispose, conservé des aspects du système contentieux national dans la mesure où ceux-ci ne s'opposent pas aux dispositions de la directive. Au-delà des points déjà critiqués en ce qui concerne les choix parfois inefficaces du législateur grec, et estimant qu'il s'agit d'un problème également posé aux autres États membres, nous allons dans le sens de la nécessité d'une application uniforme du droit européen. Peut-être la solution d'un recours individuel, après épuisement des recours nationaux, auprès la Cour de Justice pour des raisons de manquement du droit de l'Union européenne pourrait être examinée, prenant en considération les difficultés qu'une telle entreprise intègre.

³⁶ Cf. article 5, § 6 de la loi n° 3886/2010.

RÉSUMÉ :

Dans le cadre de l'autonomie procédurale dont les États membres de l'Union Européenne jouissent, et au regard de la transposition de la nouvelle directive « recours » 2007/66/CE concernant la sauvegarde de la mise en publicité et de la libre concurrence dans la passation des marchés publics, le droit grec a maintenu la plupart des aspects de sa procédure contentieuse précédente. Malgré deux nouveautés radicales que sont l'introduction de délais restrictifs prévus comme ayant un effet suspensif, et la disposition d'un nouveau recours post-contractuel, il s'agit surtout de réformes ponctuelles sans résultat sur le fond, c'est-à-dire sans protection effective, ni du tiers, ni de la concurrence en général.

Après la loi n° 3886/2010, le législateur grec a également maintenu le système à plusieurs vitesses établi par la loi n° 2522/1997 et le code du contentieux administratif grec en ce qui concerne tant la procédure provisoire que la procédure définitive. Par ailleurs, le juge grec insiste pour conserver un contrôle d'excès de pouvoir, malgré un transfert de compétence aux Cours administratives d'appel et alors qu'il a besoin d'un pouvoir plus élargi comme celui dont bénéficie le juge français. Quoiqu'il en soit, nous attendons de voir la jurisprudence appliquant les nouvelles dispositions.

SUMMARY:

Within the frame of the procedural autonomy that European Union member states retain, and regarding the transposition of the new directive 2007/66/CE improving transparency and non-discrimination in the awarding of public contracts, the Greek law maintained most of its previous litigation process. The introduction of restrictive suspensory periods and the establishment of a novel post-contract recourse have the appearance of innovations, but they are in fact limited reforms that do not ensure any effective protection for non-contracting interested parties or, more generally, for competition.

In the wake of the 3886/2010 law, the Greek legislator also kept the multi-level system established by the 2522/1997 law and the Code of administrative procedure, concerning not only the provisional but also the definitive judicial procedure. In this system, the Greek judge insists on maintaining a control of misuse of power when the competence is transferred to the administrative appeal courts and when he needs a broader power like the one of the French judge. In any case, we await case law applying the new legislation.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

- ARNAOUTOGLOU F., *I aitisi asfalistikon metron tu nomou 3886/2010*, Athènes, Éditions Nomiki Vivliothiki, 2011, 312 p.
- BERGEAL C. et LENICA F., *Le contentieux des marchés publics*, Paris, Éditions du Moniteur, 2^{ème} édition, 2010, 405 p.
- BRENET F., « Les conséquences de la succession des recours en matière contractuelle », *Droit administratif*, n° 4, avril 2010, comm. 50
- BRENET F., « Un nouveau référé précontractuel est né », *Revue juridique de l'économie publique*, n° 661, février 2009, n° 8
- CLAMOUR G., « Décret du 27 novembre 2009 relatif aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique », *Contrats et Marchés publics*, n° 1, janvier 2010, comm. 8
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Paris, Éditions PUF, 4^{ème} édition, coll. Quadrige, 2004, 1093 p.
- DELVOLVÉ P., « Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? », in *Mélanges R. Perrot*, Paris, Dalloz, 1995, p. 83
- DELVOLVÉ P., LONG M. et alii, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 17^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2010, 1009 p.
- FLOGAÏTIS S., *Contrat administratif*, éd. A. N. Sakkoulas, Athènes- Komotini, 1991, 281 p.
- FORTSAKIS T., « Le contrôle des marchés publics en Grèce », in *Le contrôle des marchés publics*, Paris, IRJS, Tome 21, 2007, pp. 323-328
- FROMONT M., *Droit administratif des États européens*, Paris, Presses Universitaires de France, coll. Thémis Droit, 2006, 362 p.
- JOUGUELET J.-P., « La nouvelle directive “recours” : des nouveautés surprenantes », *B7CP*, n° 56, 2008, p. 2
- LAFAX J.-F., *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des thèses, n° 87, 2009, 768 p.
- LAFAX J.-F., « La nouvelle directive “recours” ou l'esquisse d'une exigence de “sanction adaptée”. Commentaire de la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 », *Contrats et Marchés publics*, n° 4, avril 2008, étude 4
- POYAUD D., « Le contentieux des marchés publics en Europe- France », *RFDA*, n° 1, 2011, p. 6

- RICHER L., *L'Europe des marchés publics*, Paris, LGDJ Lextenso éditions, 2009, 393 p.
- RICHER L., « Une protection renforcée des garanties de transparence et de non-discrimination ; le référé contractuel », in C. TEITGEN-COLLY, *Perspectives contentieuses des réformes de la justice administrative*, Paris, LGDJ Lextenso éditions, 2011, pp. 165-174
- SAMPANIS G. et SYNODINOS C., *Dimosies sumwaseis, Prostasia kato apo ta europaika katoflia*, Ahtènes, Éditions Nomiki Vivliothiki, 2010, 120 p.
- SPILIOTOPOULOS E., *Droit administratif hellénique*, Paris, LGDJ, n° 186 et s., 1991, 482 p.
- VANDERMEEREN R., « Les recours ouverts aux entreprises : les contrôles de l'administration acheteuse. L'évolution du modèle français », in *Le contrôle des marchés publics*, Paris, IRJS, Tome 21, 2007, p. 45
- YANNAKOPOULOS C., « L'exécution par l'administration des arrêts de la Commission des sursis du Conseil d'État », in *Mélanges en l'honneur du Conseil d'État - 75 ans*, Athènes, Éditions Sakkoula, 2004, pp. 525 et s.
- YANNAKOPOULOS C., *La protection de la libre concurrence dans l'exécution des contrats administratifs*, Athènes, Éditions Ant. N. Sakkoulas, 2006, 845 p.
- YANNAKOPOULOS C., « Le contentieux des contrats publics en Europe - La Grèce », *RFDA*, n° 1, 2011, p. 31
- YANNAKOPOULOS C., « Le nouveau contentieux des marchés publics : une opportunité manquée pour encore une fois », *Journal du droit administratif*, n° 5, 2010, pp. 595-605
- WALINE J., *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 23^{ème} édition, 2010, 728 p.

ANNEXE : FIXATION DES DÉLAIS³⁷

Délais	EN FRANCE		EN GRÈCE	
	Référé précontractuel	Référé contractuel	Référé précontractuel	Référé contractuel
<i>De recours</i>	Jusqu'à la signature du contrat. (inchangé : CJA, art. L. 551-1, al. 2 et L. 551-5 al. 2 ; Ord. 2009-515, art. 2, al. 1 et art. 5, al. 1)	<ul style="list-style-type: none"> 1 mois (« au plus tard le trente et unième jour suivant la publication d'un avis d'attribution du contrat ou, pour les marchés fondés sur un accord cadre ou un système d'acquisition dynamique, suivant la notification de la conclusion du contrat »). À défaut : 6 mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat. (CJA, art. R. 551-7 ; CPC, art. 1441-3-I) 	Jusqu'à la signature du contrat sous réserve d'un recours administratif préalable recevable devant le pouvoir adjudicateur dans les 10 jours à compter du rejet (express ou implicite) de l'Administration. (article 5, § 1 de la loi 3886/2010)	<ul style="list-style-type: none"> 1 mois (« au plus tard le trentième jour suivant la publication d'un avis d'attribution du contrat ou, pour les marchés fondés sur un accord cadre ou un système d'acquisition dynamique, suivant la notification de la conclusion du contrat »). À défaut : 6 mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat. (Article 8, § 6 de la loi 3886/2010)
<i>Avant l'expiration duquel le juge ne peut statuer</i>	<ul style="list-style-type: none"> Jusqu'au 16^{ème} jour suivant la date d'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une offre ou une candidature. 	Sans objet	Jusqu'au 3 ^{ème} jour suivant le dépôt de la requête et la réponse du pouvoir adjudicateur. (article 5, § 4 de la loi 3886/2010)	Sans objet

³⁷ Source pour le contentieux français : G. CLAMOURT, « Décret du 27 novembre 2009 relatif aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique », *Contrats et Marchés publics*, n° 1, janvier 2010, comm. 8.

	<ul style="list-style-type: none"> • Ou jusqu'au 11^{ème} jour en cas de notification par voie électronique à l'ensemble des opérateurs économiques intéressés. (CJA, art. R. 551-5, al. 2 ; CPC, art. 1441-2-II, al. 1) NB : Dans le cas des demandes présentées avant la conclusion de contrats mentionnés aux premiers alinéas des articles L. 551-15 du CJA et 13 de l'Ord. n° 2009-515, le juge ne peut statuer avant le onzième jour à compter de la publication de l'intention de conclure le contrat (CJA, art. R. 551-5, al. 3 et CPC, art. 1441-2-II, al. 2)			
<i>Pour statuer</i>	20 jours (CJA, art. R. 551-5 al. 1 ; CPC, art. 1441-2-I)	1 mois (CJA, art. R. 551-9 ; CPC, art. 1441-3-II)	20 jours (article 5, § 6 de la loi n° 3886/2010)	—
<i>De pourvoi en cassation</i>	15 jours à compter de la notification (CJA, art. R. 551-6 ; CPC, art. 1441-1, al. 3)	15 jours à compter de la notification (CJA, art. R. 551-10, al. 1 ; CPC, art. 1441-1, al. 3)	—	—

	<p>Les mesures provisoires doivent être contestées à l'occasion du pourvoi en cassation pour les contrats administratifs (Voir CJA, art. R. 551-6, al. 2 et R. 551-10, al. 2).</p> <p>Pour les contrats de droit privé, les décisions liquidant une astreinte sont susceptibles d'appel, instruit et jugé selon les règles applicables à la procédure ordinaire, dans les quinze jours de leurs notifications (CPC, art. 1441-1, al. 4., cf. art. L. 551-6, al. 3)</p>	
--	--	--