



HAL
open science

**Annulation du décret du 19 décembre 2008 relatif aux seuils
de passation des marchés publics, Conseil d'Etat, 10 février
2010, n°329100**

Katja Sontag

► **To cite this version:**

Katja Sontag. Annulation du décret du 19 décembre 2008 relatif aux seuils de passation des marchés publics, Conseil d'Etat, 10 février 2010, n°329100. *Revue générale du droit des assurances*, 2011, n°1, pp.77. <halshs-01334163>

HAL Id: halshs-01334163

<https://shs.hal.science/halshs-01334163v1>

Submitted on 9 Apr 2025

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.



HAL Authorization

Annulation du décret du 19 décembre 2008 relatif aux seuils de passation des marchés publics, Conseil d'État, 10 février 2010, n°329100

Katja SONTAG, Maître de conférences, Faculté de droit,
Université de Nice-Sophia Antipolis CRECO (GREDEG, CNRS, UMR 6227)

Revue générale de droit des assurances, 2011, n°1, p. 77

En relevant de 4 000 à 20 000 euros, de manière générale, le montant en-deçà duquel tous les marchés entrant dans le champ de l'article 28 du Code des marchés publics sont dispensés de toute publicité et mise en concurrence, le pouvoir réglementaire a méconnu les principes d'égalité d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ; que par suite M. A est fondé à demander l'annulation du décret attaqué en tant qu'il relève le seuil applicable aux marchés passés selon la procédure de l'article 28 du Code des marchés publics.

Conseil d'État, 10 févr. 2010, n° 329100, M. A. c/ Premier ministre

Publié au Recueil Lebon

M. A. c/ Premier ministre

La Cour,

Vu la requête enregistrée le 22 juin 2009 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, présentée par M. Franck A, demeurant ... ; M. A demande au Conseil d'État :

1°) d'annuler le décret n° 2008-1356 du 19 décembre 2008 relatif au relèvement de certains seuils du Code des marchés publics en tant qu'il modifie l'article 28 du Code des marchés publics, ensemble la décision implicite par laquelle le Premier ministre a rejeté sa demande d'abrogation ;

2°) de mettre la somme de 3 000 euros à la charge de l'État au titre de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le Code des marchés publics ;

Vu le Code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M^{me} Cécile Chaduteau-Monplaisir, Auditeur,
- les conclusions de M. Nicolas Boulouis, rapporteur public ;

Sur la fin de non-recevoir opposée à la requête :

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que M. A a, par lettre du 18 février 2009 reçue le 20 février 2009, demandé au Premier ministre l'abrogation du décret susvisé du 19 décembre 2008 publié au *Journal officiel de la République française* le 20 décembre 2008 ; que le Premier ministre ayant omis de notifier à M. A un accusé de réception indiquant notamment les voies et délais de recours contre une éventuelle décision explicite ou implicite de rejet, le délai de recours n'a pas commencé à courir ; que, par suite, le recours formé le 22 juin 2009 devant le Conseil d'État par M. A n'est pas tardif ; que dès lors la fin de non-recevoir soulevée par le ministre tirée de la tardiveté de la requête ne peut qu'être écartée ;

Sur les conclusions dirigées contre le décret du 19 décembre 2008 :

Considérant qu'aux termes du quatrième alinéa de l'article 28 du Code des marchés publics dans sa rédaction antérieure à celle du décret du 19 décembre 2008 susvisé : (...) 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 4 000 euros HT... ; que selon l'article 1^{er} du décret du 19 décembre 2008 : (...) au quatrième alinéa de l'article 28 (...) les mots 4 000 euros HT sont remplacés par les mots 20 000 euros HT ;

Considérant que M. A justifie, en sa qualité d'avocat ayant vocation à passer des marchés de prestation de service avec des collectivités territoriales ou de conseil de ces mêmes collectivités, d'un intérêt lui donnant qualité pour demander l'annulation de la disposition attaquée en tant qu'elle modifie l'article 28 du Code des marchés publics dès lors que l'article 30 du même code relatif notamment aux marchés de prestations juridiques prévoit que les marchés relevant de cet article peuvent être passés selon une procédure adaptée dans les conditions prévues par l'article 28 ;

Considérant que les marchés passés en application du Code des marchés publics sont soumis aux principes qui découlent de l'exigence d'égal accès à la commande publique et qui sont rappelés par le II de l'article 1^{er} du Code des marchés publics dans sa rédaction issue du décret du 1^{er} août 2006 selon lequel : Les marchés publics et les accords-cadres (...) respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures (...) ; 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 ; que, par suite, en relevant de 4 000 à 20 000 euros, de manière générale, le montant en deçà duquel tous les marchés entrant dans le champ de l'article 28 du Code des marchés publics sont dispensés de toute publicité et mise en concurrence, le pouvoir réglementaire a méconnu les principes d'égalité d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ; que par suite M. A est fondé à demander l'annulation du décret attaqué en tant qu'il relève le seuil applicable aux marchés passés selon la procédure de l'article 28 du Code des marchés publics ;

Sur les conséquences de l'illégalité du décret annulé :

Considérant que l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ; que toutefois, l'annulation rétroactive de l'article 1^{er} du décret du 19 décembre 2008 en tant qu'il prévoit le relèvement du seuil des marchés susceptibles d'être passés sur le fondement de l'article 28 du Code des marchés publics porterait eu égard au grand nombre de contrats en cause et à leur nature une atteinte manifestement excessive à la sécurité juridique ; que, dès lors, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de ne prononcer l'annulation des dispositions du décret attaqué qu'à compter du 1^{er} mai 2010 sous réserve des actions engagées à la date de la présente décision contre les actes pris sur leur fondement ;

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative :

Considérant qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'État la somme de 3 000 euros que M. A demande au titre de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative ;

Décide :

Article 1^{er} : Sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de la présente décision contre les actes pris sur leur fondement, le décret du 19 décembre 2008 relatif au relèvement de certains seuils du Code des marchés publics est annulé, en tant qu'il relève le seuil applicable aux marchés passés selon la procédure adaptée fixée à l'article 28 du même code, à compter du 1^{er} mai 2010.

Article 2 : Le surplus des conclusions de la requête de M. A est rejeté.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à M. A, au Premier ministre et au ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi.

Note

L'arrêt rapporté du Conseil d'État du 10 février 2010 procède à l'annulation de la disposition du décret n° 2008-1356 du 19 décembre 2008, relatif au relèvement de certains seuils du Code des marchés publics, qui modifie l'article 28 du code. Ce dernier fixe, avec l'article 26, les seuils de passation des marchés publics selon l'une des procédures prévues. C'est l'un de ces seuils que le décret du 19 décembre 2008 a relevé de 4 000 euros à 20 000 euros. L'annulation est fondée sur le non-respect des principes généraux applicables aux marchés publics : l'égalité d'accès des candidats au marché, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures¹. Ce sont donc désormais les dispositions antérieures au décret du 19 décembre 2008 qui s'appliquent à la passation des marchés publics, parmi lesquels les marchés publics d'assurance. L'impératif de sécurité juridique justifie, selon le Conseil d'État et par exception, que cette annulation n'ait pas d'effet rétroactif. Par conséquent, elle n'affecte pas la légalité des marchés passés selon les dispositions du décret du 19 décembre 2008.

¹ Art. 1, CMP.

Le décret du 19 décembre 2008 s'inscrit dans le cadre du plan de relance de l'économie adopté par le gouvernement en décembre 2008. Le volet relatif à la réforme du droit des marchés publics du plan de relance a donné lieu à l'adoption de trois décrets, complétés par une circulaire, qui amendent plusieurs aspects du Code des marchés publics². Le décret commenté relève de 4 000 euros à 20 000 euros le seuil d'application de la procédure adaptée, sachant qu'en-deçà de ce seuil, les marchés peuvent être passés sans aucun formalisme. Cette mesure trouve sa justification dans la nécessité de faciliter l'achat public, celui-ci contribuant à la relance de l'économie³. L'augmentation du seuil de passation des marchés devait favoriser la passation rapide des « petits marchés ». La contrepartie de cette mesure est toutefois un recul du formalisme du Code des marchés publics et, par conséquent, des possibilités de contrôle du respect des principes posés à l'article premier du code.

L'article 28 du Code des marchés publics organise la passation des marchés selon la procédure adaptée, qui est l'une des procédures de passation prévues par l'article 26 du code. Rappelons que le Code des marchés publics distingue deux principales modalités de passation des marchés publics : les procédures formalisées et la procédure adaptée⁴. Leur application est conditionnée par la valeur économique du marché, celle-ci correspondant, pour les marchés publics d'assurance, au montant de la « prime payable » : plus le montant du marché est élevé, plus le formalisme encadrant sa passation est important.

Les procédures formalisées de droit commun susceptibles d'être utilisées pour la passation des marchés publics d'assurance d'abord sont l'appel d'offres (ouvert ou restreint), les procédures négociées et la procédure de dialogue compétitif⁵. La procédure négociée est une exception réservée aux seules hypothèses expressément visées. La passation des marchés dont la valeur est supérieure aux seuils fixés 125 000 euros pour les marchés de l'État et à 193 000 euros pour les marchés des collectivités territoriales est soumise à l'une de ces procédures⁶.

La procédure adaptée ensuite, qui est prévue à l'article 28 du code, s'applique aux marchés dont la valeur est inférieure aux seuils de passation des marchés selon l'une des procédures formalisées. Les modalités de passation sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur, en fonction notamment « *de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire* » et dans le respect des principes « *de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement et de transparence des procédures*⁷ ». Le pouvoir adjudicateur peut, soit soumettre la passation du marché à l'une des procédures formalisées, auquel cas, il devra respecter les modalités prévues par le code, soit s'inspirer de ces procédures et n'être plus obligée d'en respecter la lettre⁸. Il

² D. no 2008-1334 du 17 déc. 2008, D. no 2008-1335 ; D. no 2008-1356 du 19 déc. 2008 ; D. no 2008-1550 du 31 déc. 2008 et circ. du 19 déc. 2008 relative à l'augmentation des dépenses de l'État sur les marchés publics en 2009.

³ V. S. Braconnier, « Réforme du droit des marchés publics : clarifications et libéralisation », RDI, 2009, p. 110.

⁴ Art. 26, CMP.

⁵ D'autres procédures existent, tels que la procédure de dialogue compétitif, mais le recours à celle-ci est limité aux marchés présentant une certaine complexité, art. 35 et art. 36, CMP.

⁶ Art. 29 et art. 26, CMP.

⁷ Art. 1, CMP.

⁸ Art. 28, CMP.

n'est pas tenu de publier un rapport de présentation⁹, pas plus qu'un avis d'attribution du marché¹⁰.

Enfin, pour les marchés de faible valeur, le code autorise le pouvoir adjudicateur à passer le marché sans publicité, ni mise en concurrence, c'est-à-dire sans aucun formalisme. Dans ce cas, l'établissement des documents constitutifs du marché n'est pas obligatoire, pas plus que ne l'est un écrit¹¹. C'est l'augmentation de ce seuil, de 4 000 euros à 20 000 euros, par le décret du 19 décembre 2008 qui a fait l'objet de l'annulation par le Conseil d'État, sur le fondement de sa contrariété avec les principes énoncés à l'article premier du code. Selon le Conseil d'État, le respect de ces derniers implique que le principe soit la passation des marchés publics après publicité et mise en concurrence. Les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence ne constituent qu'une exception qui doit être justifiée, soit par l'objet du marché, soit par son faible montant, soit encore par l'absence de concurrence dans le secteur économique considéré.

L'article 35 du code, qui organise les procédures négociées, traduit les possibilités de dérogation à l'obligation de publicité et de mise en concurrence préalables à la passation des marchés publics. Ainsi, l'objet des marchés complémentaires¹² justifie qu'ils puissent être passés sans publicité, ni mise en concurrence préalables, comme celui des marchés passés pour faire face à une « *urgence impérieuse*¹³ ». Il peut être recouru à la même procédure, lorsqu'aucune candidature ou aucune offre appropriée n'a été déposée, donc lorsque la concurrence est inexistante¹⁴. Enfin, comme le rappelle le Conseil d'État l'obligation de publicité et de mise en concurrence préalable peut être écartée pour les marchés d'un faible montant, ce que prévoit l'article 28 du code. La question est alors de savoir quelle est le montant au-delà duquel la dérogation enfreint les principes généraux de la commande publique auxquels l'ensemble des marchés publics doit obéir, quel que soit leur montant.

En effet, la valeur constitutionnelle des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures leur confère une grande force juridique¹⁵. Le Conseil d'État a d'ailleurs estimé, dans son avis *société MAJ Blanchisserie de Pantin* du 29 juin 2002, que les principes de l'article premier du Code des marchés publics s'appliquaient aux marchés conclus sans formalités¹⁶. La jurisprudence communautaire a adopté la même position¹⁷. La force donnée à ces principes s'explique par leur objet, qui est

⁹ Art. 79, CMP.

¹⁰ Art. 84 *a contrario* et v. art. 11, art. 13, art. 53, art. 80 et art. 83, CMP.

¹¹ Art. 11 et art. 13, CMP.

¹² Art. 35-II-4, CMP.

¹³ Art. 35-II-1, CMP.

¹⁴ Art. 35-II-3, CMP.

¹⁵ C. const., décision n° 2003-473, 26 juin 2003 sur la loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, Rec., p. 382 ; AJDA, 2003, p. 1404, note Schoettl et Fatôme et v. décision n° 2008-567 du 24 juill. 2008 sur la loi relative aux contrats de partenariat, AJDA, 2008, p. 1664, note Dreyfus.

¹⁶ Rec., p. 297.

¹⁷ CJCE, 20 oct. 2005, Commission c/ France, aff. C-264/03, AJDA, 2005, p. 2037 : « *le seul fait que le législateur communautaire a considéré que les procédures particulières et rigoureuses prévues par les directives relatives aux marchés publics 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* » (point 33).

d'assurer « *l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics*¹⁸ ». Le principe de transparence de procédures apparaît comme le moyen de garantir la liberté d'accès à la commande publique et l'égalité de traitement des candidats. Comme le remarquait le commissaire du gouvernement dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'État, ANPE du 30 janvier 2009, « *le principe de transparence (...) a un double objet : permettre l'ouverture du marché, s'assurer du contrôle de l'impartialité des procédures (...). La transparence des procédures n'est pas une fin en soi ; mais elle constitue l'unique moyen de s'assurer du respect des deux premiers principes. Ajoutons qu'est en cause, également, la bonne utilisation des deniers publics, qui constitue, elle aussi, une exigence constitutionnelle*¹⁹ ».

Le contrôle des conditions de passation des marchés est précisément la question que soulève l'augmentation des seuils de passation des marchés sans publicité, ni mise en concurrence préalables. Cette augmentation revient à restreindre les possibilités de contrôle de la procédure de passation et donc à affaiblir les principes de l'article premier du code. En effet, quel est le contrôle possible de la conclusion d'un marché, pour lequel il n'existe pas d'écrit²⁰, pour lequel l'établissement d'un rapport de présentation²¹ ou la motivation écrite²² du choix de l'attributaire du marché ne sont pas obligatoires ? On comprend alors que l'important élargissement du champ de ces marchés opéré par le décret du 19 décembre 2008 ait encouru la censure du Conseil d'État.

Celui-ci pondère toutefois les conséquences de l'annulation de la disposition relative aux seuils du décret du 19 décembre. Comme le rappelle le Conseil d'État, « *l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu* ». Mais, le grand nombre de contrats concernés et la nature particulière de ces contrats, qui est de garantir l'approvisionnement de l'administration et donc, *in fine*, le bon fonctionnement du service public explique que l'annulation rétroactive de la disposition contestée porterait « *une atteinte manifestement excessive à la sécurité juridique* ». Par conséquent, celle-ci n'opèrera que pour l'avenir. On ne peut qu'approuver la position du Conseil d'État. En effet, le droit des marchés publics est entré, depuis une dizaine d'années, dans une période d'instabilité (depuis 2001, trois versions du Code des marchés publics se sont succédées, sans compter les innombrables modifications ponctuelles). La question de l'application du droit transitoire entre deux versions du code est devenue particulièrement cruciale et complexe à la fois. Le choix d'une annulation ne valant que pour l'avenir est donc celui de la simplicité et de l'efficacité du droit.

¹⁸ Art. 1, CMP.

¹⁹ CE, 30 janv. 2009, no 290236, ANPE, concl. B. Dacosta.

²⁰ Art. 11, CMP et v. art. 12, art. 13 et art. 42, CMP.

²¹ Art. 79, CMP *a contrario*.

²² Art. 80, CMP *a contrario*.