

**La Corte Costituzionale francese sugli articoli da 11 a 20 dell'ordinanza n. 2009-515 del 7.5.2009,
relativa alle procedure dei ricorsi in materia di *contratti pubblici*
(Conseil Constitutionnel, sent. n. 2020-857 QPC, del 2.10.2020)**

Il Conseil Constitutionnel, su ordinanza di rimessione della Corte di Cassazione (*chambre commerciale*, n. 474 dell'8.7.2020), è chiamato a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale degli articoli da 11 a 20 dell'ordinanza n. 2009-515 del 7.5.2009, circa le procedure di ricorso applicabili ai *contratti pubblici* (*contrats de la commande publique*), suddivisi in diverse categorie (beni, servizi, concessioni). Sotto l'influsso del Diritto dell'Unione europea, le *droit de la commande publique*, al pari di quanto è accaduto nel nostro Ordinamento, è il risultato di una «lenta convergenza» tra il diritto interno e quello dell'Unione che, in Francia (ma non solo) entra in collisione con la «*différence entre contrats privés et contrats administratifs et entre personnes publiques et personnes privées*» (così, M. Ubaud-Bergeron, *Le champ d'application organique des nouvelles dispositions*, in *Revue française de droit administratif*, 2016, p. 218 ss.). Il *Code de la commande publique* (Ordonnance n. 2018-1074, del 26.11.2018), all'art. 2 offre una definizione di questi contratti: «*les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services avec un ou plusieurs opérateurs économiques*». Non modificandone la natura, il Codice include, dunque, sia *contratti amministrativi* (*contrat administratif de la commande publique*) sia *contratti di diritto privato* (*contrat privé de la commande publique*). In quest'ultimo caso, in applicazione dell'art. 6 del Codice, rilevano, in particolare, due tipologie di contratto di *diritto privato*: tutti i contratti conclusi con un acquirente *persona privata*; e alcuni contratti conclusi con un acquirente *persona pubblica*. Un quadro normativo indubbiamente complesso, e che pare utile porre in comparazione con le parzialmente analoghe previsioni, oggetto di incessanti interventi legislativi, sia del *codice dei contratti pubblici* sia del *codice del processo amministrativo* (artt. 119-125, con particolare riferimento alle previsioni in materia di *inefficacia dei contratti pubblici* e *sanzioni alternative*) italiani. Nella fattispecie concreta, la società ricorrente lamenta la violazione del *diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo* da parte delle previsioni di cui agli articoli da 11 a 20 dell'ordinanza, nel limitare la possibilità di contestazioni da parte dei concorrenti esclusi sulla validità (nullità) del contratto e sull'operato dell'Amministrazione aggiudicatrice successivamente alla sottoscrizione di un contratto *de droit privé de la commande publique*; ed essendo, in questo caso, precluse altre possibilità di ricorso. Ciò a differenza dei concorrenti esclusi in ipotesi di un *contrat administratif de la commande publique*, i quali, invece, hanno a disposizione la possibilità di proporre un *ricorso supplementare*, riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa. Le disposizioni dell'ordinanza del 2009 si porrebbero, dunque, in violazione anche del principio di *parità di trattamento*. Due violazioni vengono poste all'attenzione del Consiglio: la violazione del *diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo* e la violazione del principio di eguaglianza. Sulla prima violazione, rileva l'art. 16 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789, per il quale: «*tutte le società nelle quali la garanzia del diritto non è assicurata, né la separazione dei poteri è determinata, non hanno una Costituzione*», non potendo le persone essere private o ostacolate nell'esercizio del diritto di agire dinanzi ad una autorità giurisdizionale. Il Conseil Constitutionnel respinge la questione e conclude per la conformità a Costituzione delle disposizioni normative oggetto di contestazione, muovendo particolare riferimento all'art. 16, che disciplina

alcune ipotesi di nullità dei contratti *de droit privé de la commande publique* conclusi in violazione delle regole in materia di pubblicità e di concorrenza. Secondo il Consiglio, la *mens legis* delle disposizioni normative, che limitano le possibilità di annullamento dei *contratti pubblici* alle violazioni più gravi degli obblighi di pubblicità e di concorrenza, è da individuare nell'intenzione del legislatore di impedire una troppo frequente 'messa in discussione' di simili contratti dopo la loro conclusione, così da assicurare principi di certezza giuridica nelle relazioni contrattuali: «*la sécurité juridique des relations contractuelles*». Il Consiglio non omette di osservare che i concorrenti ingiustamente esclusi sono, comunque, destinatari da parte dell'Ordinamento di altri strumenti di tutela di *diritto comune* al fine di far valere relative responsabilità: nella fattispecie, che qui direttamente interessa, si discute, di ipotesi di *responsabilità precontrattuali*. Neppure vi è violazione del principio di eguaglianza, di cui all'art. 6 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789, per il quale: «*la legge è uguale per tutti, sia che protegga sia che punisca*». Il principio di eguaglianza non si oppone né a che il legislatore regoli in maniera differente situazioni differenti, né a che deroghi all'eguaglianza per ragioni di interesse generale, purché, in entrambi i casi, la disparità di trattamento sia in relazione diretta con l'oggetto della legge che lo stabilisce. I concorrenti di un *contratto di diritto privato de la commande publique* non beneficiano, in effetti, di analoghe prerogative giurisdizionali dinanzi ad un Giudice amministrativo in riferimento a questioni di validità contrattuale. Tuttavia, secondo il Consiglio, i *contratti amministrativi* e quelli di *diritto privato de la commande publique* rispondono a finalità e regimi diversi, differendo la condizione dei candidati esclusi dall'uno o dall'altro contratto. Con la conseguenza che la diversità di trattamento è conforme all'oggetto delle disposizioni normative, ed avviene nel rispetto del principio di legalità.

Décision n° 2020-857 QPC du 18 septembre 2020

(Société Bâtiment mayennais)

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL A ÉTÉ SAISI le 8 juillet 2020 par le Cour de cassation (chambre commerciale, arrêt n° 474 du même jour), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité. Cette question a été posée pour la société Bâtiment mayennais par la SCP Bauer-Violas, Feschotte-Desbois, Sebagh, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Elle a été enregistrée au secrétariat général du Conseil constitutionnel sous le n° 2020-857 QPC. Elle est relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles 11 à 20 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique.

Au vu des textes suivants:

- la Constitution;
- l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;
- la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics;
- l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, ratifiée par l'article 113 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives;
- la décision du Conseil d'État n° 358994 du 4 avril 2014;

– le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité;

Au vu des pièces suivantes:

– les observations présentées pour la société Méduane Habitat, partie au litige à l'occasion duquel la question prioritaire de constitutionnalité a été posée, par la SCP Yves Richard, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, enregistrées le 29 juillet 2020;

– les observations présentées pour la société requérante par la SCP Bauer-Violas, Feschotte-Desbois, Sebagh, enregistrées le 30 juillet 2020;

– les observations présentées pour la société Karaca construction, partie au litige à l'occasion duquel la question prioritaire de constitutionnalité a été posée, par la SCP Hélène Didier et François Pinet, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, enregistrées le même jour;

– les observations présentées par le Premier ministre, enregistrées le même jour;

– les secondes observations présentées pour la société requérante par la SCP Bauer-Violas, Feschotte-Desbois, Sebagh, enregistrées le 12 août 2020;

– les autres pièces produites et jointes au dossier;

Après avoir entendu Me Fabrice Sebagh, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, pour la société requérante, Me Yves Richard, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, pour la société Méduane Habitat, Me François Pinet, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, pour la société Karaca construction et M. Philippe Blanc, désigné par le Premier ministre, à l'audience publique du 22 septembre 2020;

Et après avoir entendu le rapporteur;

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL S'EST FONDÉ SUR CE QUI SUIT:

1. L'article 11 de l'ordonnance du 7 mai 2009 mentionnée ci-dessus prévoit:

«Les personnes qui ont un intérêt à conclure l'un des contrats de droit privé mentionnés aux articles 2 et 5 de la présente ordonnance et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles ils sont soumis peuvent saisir le juge d'un recours en contestation de la validité du contrat.

La demande est portée devant la juridiction judiciaire».

2. L'article 12 de la même ordonnance prévoit:

«Le recours régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article 2 ou à l'article 5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article 4 ou à l'article 8 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours».

3. L'article 13 de la même ordonnance prévoit:

«Le recours régi par le présent article ne peut être exercé ni à l'égard des contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a, avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication, ni à l'égard des contrats soumis à publicité préalable auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a accompli la même formalité.

La même exclusion s'applique aux contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a envoyé aux titulaires la décision d'attribution du contrat et observé un délai de seize jours entre cet envoi et la conclusion du contrat, délai réduit à onze jours si la décision a été communiquée à tous les titulaires par voie électronique».

4. L'article 14 de la même ordonnance prévoit:

«À l'exception des demandes reconventionnelles en dommages et intérêts fondées exclusivement sur la demande initiale, aucune demande tendant à l'octroi de dommages et intérêts ne peut être présentée à l'occasion du recours régi par la présente section».

5. L'article 15 de la même ordonnance prévoit:

«À la demande du requérant, le juge peut suspendre l'exécution du contrat pour la durée de l'instance, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de cette mesure pourraient l'emporter sur ses avantages».

6. L'article 16 de la même ordonnance prévoit:

«Est nul tout contrat conclu lorsque aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite.

Est également nul tout contrat conclu en méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique.

Le juge prononce de même la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article 4 ou à l'article 8 ci-dessus si, en outre, deux conditions sont réunies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur du droit d'exercer le recours prévu par les articles 2 et 5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat».

7. L'article 17 de la même ordonnance prévoit:

«Toutefois, dans les cas prévus à l'article 16, 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.

Cette raison ne peut être constituée par la prise en compte d'un intérêt économique que si la nullité du contrat entraîne des conséquences disproportionnées et que l'intérêt économique atteint n'est pas directement lié au contrat».

8. L'article 18 de la même ordonnance prévoit:

«Dans le cas où le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article 4 ou à l'article 8 de la présente ordonnance, le juge peut prononcer la nullité du contrat, le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière».

9. L'article 19 de la même ordonnance prévoit:

«Les mesures mentionnées aux articles 15 à 18 peuvent être prononcées d'office par le juge. Il en informe préalablement les parties et les invite à présenter leurs observations dans des conditions fixées par voie réglementaire.

Le juge procède de même lorsqu'il envisage d'imposer une pénalité financière».

10. L'article 20 de la même ordonnance prévoit:

«Le montant des pénalités financières prévues aux articles 17 et 18 tient compte de manière proportionnée de leur objet dissuasif, sans pouvoir excéder 20 % du montant hors taxes du contrat. Le montant des pénalités financières est versé au Trésor public».

11. La société requérante reproche tout d'abord à ces dispositions de méconnaître le droit à un recours juridictionnel effectif. En effet, elles limiteraient de manière excessive les manquements qui peuvent être invoqués, après la signature d'un contrat de droit privé de la commande publique, par les concurrents évincés afin d'en obtenir la nullité. Elle soutient que, de plus, aucune autre voie de recours ne serait ouverte.

12. Ensuite, la société requérante soutient que les candidats évincés d'un contrat administratif de la commande publique disposent, après la signature du contrat, d'une voie de recours supplémentaire reconnue par la jurisprudence administrative. Ces dispositions seraient donc contraires au principe d'égalité devant la loi.

13. Par conséquent, la question prioritaire de constitutionnalité porte sur l'article 16 de l'ordonnance du 7 mai 2009.

– Sur le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel:

14. Le Premier ministre fait valoir que, dans la mesure où les dispositions contestées appliqueraient les dispositions inconditionnelles et précises de la directive du 11 décembre 2007 mentionnée ci-dessus, il n'y aurait pas lieu, pour le Conseil constitutionnel, en l'absence de mise en cause d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, de se prononcer sur leur conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit.

15. En l'absence de mise en cause d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour contrôler la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive ou des dispositions d'un règlement de l'Union européenne.

16. Les dispositions inconditionnelles et précises de la directive du 11 décembre 2007, dont l'article 16 de l'ordonnance du 7 mai 2009 tire les conséquences nécessaires, se bornent à imposer aux États membres de l'Union européenne de créer un recours permettant d'obtenir l'annulation d'un contrat de la commande publique lorsque certains manquements qu'elles déterminent ont été commis lors de sa passation. Ces dispositions n'empêchent pas les États de prévoir que d'autres manquements puissent également conduire à l'annulation du contrat et leur confèrent ainsi une marge d'appréciation pour adopter des dispositions complémentaires.

17. Dès lors, il y a lieu de statuer sur la méconnaissance, par les dispositions contestées, des droits et libertés que la Constitution garantit en ce que ces dispositions ne prévoient pas d'autres cas d'annulation du contrat que ceux imposés par la directive du 11 décembre 2007.

– Sur la conformité des dispositions contestées aux droits et libertés que la Constitution garantit:

En ce qui concerne le grief tiré de la méconnaissance du droit à un recours juridictionnel effectif:

18. Selon l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution». Il résulte de cette disposition qu'il ne doit pas être porté d'atteinte substantielle au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction.

19. Les personnes qui ont un intérêt à conclure un contrat de droit privé de la commande publique et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un tel contrat peuvent, après sa signature, saisir le juge judiciaire d'un référé contractuel afin d'en obtenir la nullité. Les dispositions contestées déterminent limitativement les cas dans lesquels le juge d'un tel référé peut prononcer cette nullité. Tel est le cas lorsque aucune des mesures de publicité requises pour la passation du contrat n'a été prise, lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où cette publication était prescrite ou lorsque le contrat est conclu en méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique. Tel est également le cas lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas respecté l'obligation qui peut lui être faite d'observer un délai minimal entre l'envoi de la décision d'attribution aux candidats évincés et la signature du contrat ou lorsque le contrat a été signé alors qu'un référé précontractuel était encore pendant et que les obligations de publicité et de mise en concurrence ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat.

20. Ainsi, sauf dans le cas où l'autorité adjudicatrice a fait irrégulièrement obstacle à une saisine du juge du référé précontractuel, les dispositions contestées ne permettent pas aux requérants d'invoquer en référé contractuel les autres manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptibles de les avoir lésés, afin d'obtenir l'annulation du contrat.

21. Toutefois, en premier lieu, en limitant les cas d'annulation des contrats de droit privé de la commande publique aux violations les plus graves des obligations de publicité et de mise en concurrence, le législateur a entendu éviter une remise en cause trop fréquente de ces contrats après leur signature et assurer la sécurité juridique des relations contractuelles. Il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général.

22. En second lieu, d'une part, conformément aux articles 3 et 6 de l'ordonnance du 7 mai 2009, les personnes ayant intérêt à conclure un contrat de droit privé de la commande publique peuvent, avant sa signature, former un référé précontractuel. Dans ce cas, elles peuvent invoquer tout manquement qui, eu égard à sa portée et au stade de la procédure auquel il se rapporte, est susceptible de les avoir lésés ou risque de les léser. Le juge peut alors prendre des mesures tendant à ce que l'autorité responsable du manquement se conforme à ses obligations, dans un délai qu'il fixe, et à ce que soit suspendue l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat. À cet égard, la circonstance que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice ne soit pas toujours obligé de communiquer la décision d'attribution du contrat aux candidats non retenus et d'observer, après cette communication, un délai avant de signer le contrat n'a ni pour objet ni nécessairement pour effet de priver les candidats évincés de la possibilité de former, dès le rejet de leur offre et jusqu'à la signature du contrat, un référé précontractuel.

23. D'autre part, les dispositions contestées ne font pas obstacle à ce qu'un candidat irrégulièrement évincé exerce, parmi les voies de recours de droit commun, une action en responsabilité contre la personne responsable du manquement dénoncé.

24. Il résulte de ce qui précède que, au regard des conséquences qu'entraîne l'éviction d'un candidat à un contrat privé de la commande publique, les dispositions contestées ne portent pas d'atteinte disproportionnée au droit à un recours juridictionnel effectif.

En ce qui concerne le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi:

25. Selon l'article 6 de la Déclaration de 1789, la loi «doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse». Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit.

26. Il résulte de la jurisprudence constante du Conseil d'État que les candidats évincés d'un contrat administratif de la commande publique peuvent, après la signature du contrat, former en sus du référé contractuel un recours en contestation de la validité de ce contrat ouvert devant le juge administratif à tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses. Les candidats évincés d'un contrat privé de la commande publique ne bénéficient pas devant le juge judiciaire d'un recours identique. Toutefois, les contrats administratifs et les contrats de droit privé répondent à des finalités et des régimes différents. Ainsi, les candidats évincés d'un contrat privé de la commande publique sont dans une situation différente des candidats évincés d'un contrat administratif de la commande publique. Dès lors, la différence de traitement dénoncée, qui est en rapport avec l'objet de la loi, ne méconnaît pas en tout état de cause le principe d'égalité devant la loi.

27. Il résulte de tout ce qui précède que les dispositions contestées, qui ne méconnaissent aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doivent être déclarées conformes à la Constitution.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL DÉCIDE:

Article 1er. – L'article 16 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique est conforme à la Constitution.

Article 2. – Cette décision sera publiée au Journal officiel de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.

Jugé par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 1er octobre 2020, où siégeaient: M. Laurent FABIUS, Président, Mme Claire BAZY MALAURIE, M. Alain JUPPÉ, Mmes Dominique LOTTIN, Corinne LUQUIENS, Nicole MAESTRACCI, MM. Jacques MÉZARD, François PILLET et Michel PINAULT.

Rendu public le 2 octobre 2020.