

Extension du recours *Tropic* aux marchés privés en la forme de marchés publics

Le recours *Tropic* reprend des couleurs. Restreint en 2008 par l'arrêt *SMIRGEOMES*, le référé précontractuel avait gagné, par l'avis du Conseil d'État du 11 avril 2012, *Société Gouelle*, un champ d'action plus qu'étendu puisque la notion de concurrents évincés est désormais entendue de manière extensive. L'accès au recours précontractuel est, depuis cet avis, ouvert à toute personne qui aurait eu intérêt à conclure un marché, ce qui est apprécié de manière objective par les juges puisque la preuve de cet intérêt est apportée par tous moyens. Or, dans un arrêt du 23 octobre 2012, la Cour de cassation a affirmé l'applicabilité du recours aux marchés de droit privé.

En l'espèce, un établissement public à caractère économique et commercial avait lancé une procédure d'appel d'offres pour un contrat de fourniture d'énergie et d'exploitation des installations de production et de distribution de chaleur. La procédure de passation est ainsi régie par le décret s'appliquant aux personnes publiques et privées non soumises au Code des marchés publics. Dans les faits, la procédure de passation se rapproche fortement de celle prévue dans le code. La question à laquelle répond l'arrêt permet d'unifier un peu plus ces régimes.

En se fondant sur l'ordonnance du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, qui avait repris l'apport de la jurisprudence *Tropic*, la chambre commerciale explique que le recours devant le juge des référés précontractuels est recevable car le requérant était susceptible d'être lésé par un manquement du pouvoir adjudicateur dans ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

Si, en l'espèce, le pourvoi est rejeté, le juge vient d'ouvrir la porte à des référés précontractuels contre des personnes privées agissant comme des pouvoirs adjudicateurs. Recours qui seront appréciés objectivement selon l'avis *Société Gouelle*, ce qui conduira sans doute à une augmentation notable de ce type de contentieux. Cela amènera, on l'espère, le Conseil d'État à se prononcer sur cette question.

Sources :

- Cass. com., 23 octobre 2012, n° 11-23521
- CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545
- CE, Avis, 11 avril 2012, *Société Gouelle*, n° 355446
- Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics
- Décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics
- Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique