



Commande publique : accords-cadres sans maximum, quelles conséquences pratiques ? Par Valentin Lamy, Docteur en Droit, Niels Bernardini et Simon Dubois, Avocats.

Parution : jeudi 23 septembre 2021

Adresse de l'article original :

<https://www.village-justice.com/articles/accords-cadres-sans-maximum-queelles-sequences-pratiques-sur-ceux-passes,40250.html>

Reproduction interdite sans autorisation de l'auteur.

Au lendemain de la promulgation de la loi « Climat et résilience » le Gouvernement édictait un décret n°2021-1111 du 23 août 2021 modifiant les dispositions du Code de la commande publique relatives aux accords-cadres et aux marchés publics de défense ou de sécurité.

Prenant acte de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 17 juin 2021 (CJUE, 17 juin 2021, Simonsen & Well A/S, n°C-23/20), le pouvoir réglementaire a mis un terme à la possibilité jusqu'à présent offerte aux acheteurs publics de passer des accords-cadres sans maximum.

Pour rappel, l'article R2162-4 du Code de la commande publique disposait jusqu'à lors que les accords-cadres pouvaient être conclus « *sans minimum ni maximum* ».

Dès lors, les acheteurs n'étaient pas tenus d'indiquer un montant maximum ou une quantité maximale dans les documents de la consultation. En outre, ainsi qu'avait pu le juger le Conseil d'État récemment, il était parfaitement loisible de fixer un tel maximum à l'issue d'une négociation entre candidats admis à y participer, y compris si une telle fixation n'était pas prévue *ab initio* :

« Aucune règle ni aucun principe ne lui interdit, dans le cadre d'une procédure négociée, qu'il ait informé ou non les candidats dans les documents de la consultation que la négociation pourrait le conduire à fixer un montant maximum, de fixer effectivement un tel montant en fin de procédure » [1].

Désormais, depuis son entrée en vigueur le 26 août dernier, le même article R2162-4 du Code de la commande publique prescrit que les accords-cadres ne peuvent être conclus que « *soit avec un minimum et un maximum en valeur ou en quantité* », « *soit avec seulement un maximum en valeur ou en quantité* ».

1 - L'arrêt de la Cour de justice.

Cette évolution a été, on l'a dit, impulsée par un arrêt estival de la Cour de justice, qui n'a fait qu'**étendre une solution déjà entrevue** sous l'empire de l'ancienne directive de 2004 (CJUE, 19 décembre 2018, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, n°C-216/17) sur le raisonnement duquel il faut revenir.

Le litige s'était noué à la suite de l'attribution par plusieurs pouvoirs adjudicateurs danois d'un accord-cadre sans maximum avec un opérateur économique unique pour la fourniture d'équipements permettant l'alimentation par sonde de patients. Un concurrent évincé de la procédure avait contesté la procédure devant les juridictions nationales, qui ont posé plusieurs questions préjudicielles à la Cour.

En particulier, il était demandé à la Cour d'interpréter les dispositions de la directive 2014/24 relatives aux accords-cadres. Celle-ci dispose en effet en son article 33 qu'« *un accord-cadre est un accord conclu entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les conditions régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées* ». La Cour note en premier lieu que l'utilisation de la locution adverbiale « *le cas échéant* » comme le fait que l'annexe II du règlement d'exécution 2015/1986 établissant les formulaires standards pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics **rende facultative la mention « valeur totale estimée » pour les accords-cadres supposent une interprétation de ces textes.**

C'est donc à l'aune, notamment, des principes de la commande publique que **la Cour estime** qu'« **au regard des principes d'égalité de traitement et de transparence** énoncés à l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24 ainsi que de **l'économie générale de cette directive**, il ne saurait être admis que le pouvoir adjudicateur s'abstienne d'indiquer, dans l'avis de marché, une **valeur maximale des produits à fournir en vertu d'un accord-cadre** » [2].

On le comprend aisément et la Cour abonde en justifications. L'interdiction de recourir à un accord-cadre sans maximum « *concrétise* » l'interdiction de recourir aux accords-cadres de façon abusive, étant entendu que l'absence d'une telle précision au moment du lancement de la procédure peut être de nature à **fausser la concurrence** au moins pour deux raisons. D'abord, en **décourageant certains opérateurs économiques** de soumissionner au regard de l'incertitude induite.

Ensuite, en permettant d'utiliser l'accord-cadre dans une mesure nettement supérieure à ce qui était initialement envisagée, ce qui dans un marché public classique serait qualifié de **modification substantielle**.

2 - Les conséquences pratiques.

Les conséquences de l'arrêt de la Cour ne se sont pas fait attendre. Dans une **ordonnance du 23 août 2021**, soit avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions du Code de la commande publique, le Tribunal administratif de

Bordeaux a annulé la procédure de passation d'un lot d'un accord-cadre sans maximum (alors que l'accord-cadre dans sa globalité prévoyait une valeur maximale estimée), **pourtant passée avant que l'arrêt de la Cour de justice ne soit rendu**. Cela peut paraître rude en termes de sécurité juridique, mais il faut se souvenir que, par principe, l'interprétation donnée par la jurisprudence de dispositions normatives est **rétroactive**. Le tribunal a donc légitimement pu se fonder sur un arrêt de la Cour de justice postérieur aux faits, d'autant que les juges du Kirchberg n'ont pas entendu limiter dans le temps la portée de l'interprétation ainsi donnée à la directive.

Attention toutefois, il ne s'agit que d'une ordonnance d'un tribunal administratif et d'autres ont retenu une position inverse : il convient de ne pas accorder trop de portée à ces décisions et rester dans l'attente d'une prise de position du Conseil d'État.

Néanmoins, il est conseillé, pour tout recours pendant devant les juridictions administratives portant sur des faits analogues, d'**avancer un tel moyen qui aura de bonnes chances de prospérer**.

Les acheteurs publics sont vivement invités à **indiquer une valeur ou une quantité maximale dans leurs avis d'appel à la concurrence en vue de la conclusion d'un accord-cadre**. Il en va de même pour les procédures en cours, qu'il est recommandé de **relancer en ce sens**, sauf à prendre un risque contentieux inconsidéré.

Concernant les accords-cadres déjà attribués sans maximum et toujours sous le coup d'un recours Tarn-et-Garonne au regard des délais contentieux, on ne peut avancer qu'avec prudence, mais a priori, un tel vice pourrait être couvert... Encore que...

Synthèse.

DÉCRET n° 2021-111 du 23 août 2021
ARRÊT CJUE *Simonsen & Weel A/S* du 17 juin 2021

LA FIN DES ACCORDS- CADRES SANS MAXIMUM

QUELLES CONSÉQUENCES PRATIQUES
SUR LES ACCORDS-CADRES CONCLUS
OU À CONCLURE ?



DOREAN
AVOCATS

Valentin LAMY,
Docteur en Droit,
Maître Niels
Bernardini Maître
Simon Dubois
Avocats Associés
à Dorean Avocats

[1] CE, 12 juin
2019, Sté
Prezioso
Linjebygg,
n°427397.

[2] <https://eur->

lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62020CJ0023

LA CJUE **PROSCRIT** LES ACCORDS-CADRES SANS MAXIMUM

17 juin 2021 → Arrêt de la CJUE, *Simonsen & Well A/S*, n°C-23/20

« au regard des principes d'égalité de traitement et de transparence [...], il ne saurait être admis que le pouvoir adjudicateur s'abstienne d'indiquer, dans l'avis de marché, une valeur maximale des produits à fournir en vertu d'un accord-cadre »



LE GOUVERNEMENT **TRANPOSE** L'INTERPRÉTATION DE LA CJUE DANS LE **DROIT INTERNE**

23 août 2021 → Décret n°2021-1111

CONSÉQUENCES :

- Modification des dispositions du code de la commande publique (article R2162-4)
- Interdiction de passer des accords-cadres sans maximum



À COMPTER DE QUAND CETTE INTERDICTION EST-ELLE APPLICABLE?

Le décret est entré en vigueur le **26 août** dernier.

Cependant, le TA pouvait déjà annuler des accords-cadres sans maximum AVANT l'entrée en vigueur du décret, sur le **fondement de l'arrêt de la CJUE**

L'**interprétation de la CJUE** étant **RÉTROACTIVE**, le tribunal a la possibilité d'annuler des accords-cadres passés AVANT que l'arrêt ne soit rendu



QUELLES CONSÉQUENCES PRATIQUES ?

S'agissant des **accords-cadres à venir** :

→ Obligation d'indiquer systématiquement la **valeur maximale** ou la **quantité maximale** des accords-cadres

S'agissant des accords-cadres dont les **procédures de passation** sont **en cours** :

→ Nécessité de **relancer la procédure** si celle-ci n'indique pas de montant ou quantité maximum

