

N° 383149
Syndicat mixte des transports
en commun Hérault transport

Section du Contentieux

Séance du 22 janvier 2016
Séance du 5 février 2016

CONCLUSIONS

M. Olivier HENRARD, rapporteur public

Votre décision d'Assemblée du 4 avril 2014 *Département de Tarn-et-Garonne* a réalisé ce que les auteurs des Grands arrêts de la jurisprudence administrative qualifient de « véritable transformation du recours des tiers contre les contrats administratifs »¹. La présente affaire vous offre l'occasion de préciser deux aspects de ce nouveau recours.

La réponse aux questions aujourd'hui soumises à la Section du Contentieux découle de façon naturelle de la lettre autant que de l'esprit de la décision d'Assemblée. C'est la raison pour laquelle nous entamerons notre exposé par un rappel des caractéristiques du recours *Tarn-et-Garonne* et de ce qui le différencie radicalement des régimes précédents de recours des tiers contre le contrat.

1. Votre décision *Martin*² de 1905 avait ouvert aux tiers la voie du recours pour excès de pouvoir contre les seuls actes détachables. L'action en nullité du contrat était réservée aux parties. Cette solution permettait de ne pas laisser les tiers désarmés face à un mode d'action de plus en plus fréquent de la puissance publique. Elle tirait les conséquences de ce que le contrat administratif n'était pas seulement la loi des parties.

L'annulation de l'acte détachable restait par elle-même sans incidence sur l'existence du contrat. Elle était « platonique » pour reprendre les termes du commissaire du Gouvernement Romieu. Le juge de l'excès de pouvoir saisi par les tiers se livrait à un constat portant sur la légalité objective des actes détachables. Il disait la vérité du droit. Mais seules les parties pouvaient saisir le juge du contrat pour faire valoir la lésion de leurs intérêts subjectifs.

2. Ce schéma initial aux lignes pures s'est progressivement surchargé.

1

□ Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative, 20^{ème} édition, p. 913

2

□ CE, 4 août 1905, *Martin*, p. 749 conclusions Romieu, S. 1906.3.49 note Hauriou

1

I) En premier lieu, l'annulation des actes détachables n'est pas restée sans effets sur le contrat, à travers l'influence exercée sur le comportement des parties. Celles-ci pouvaient, dès l'origine, décider de tirer les conséquences de l'annulation d'un acte détachable pour remettre en cause la validité d'un contrat.

Puis, à l'instigation du législateur, la contrainte est venue relayer la vertu : la loi du 16 juillet 1980, puis celle du 8 février 1995, ont conféré au juge administratif un pouvoir d'astreinte puis d'injonction pour assurer l'exécution de ses décisions.

Les tiers au contrat ont pu tirer parti de ces nouveaux outils. Le Conseil d'Etat a admis qu'ils puissent, *via* le juge de l'exécution, exiger des contractants publics qu'ils tirent les conséquences de l'illégalité : soit en régularisant le contrat³, soit en saisissant le juge du contrat pour que celui prenne les mesures qu'appelait l'annulation de l'acte détachable⁴.

II) En second lieu, un élément de complexité supplémentaire est venu s'ajouter avec la création d'exceptions au caractère intouchable du contrat pour les tiers.

Ainsi, la jurisprudence a ouvert le recours pour excès de pouvoir aux tiers contre les clauses réglementaires du contrat, qui sont divisibles de celui-ci⁵. Il a également été admis contre les contrats de recrutement des agents publics⁶, dont la réalité est celle d'actes unilatéraux de nomination.

Le législateur a créé deux exceptions supplémentaires à l'inviolabilité du contrat par les tiers.

Le représentant de l'Etat, gardien du principe de légalité, a pu contester directement les contrats administratifs⁷ pour excès de pouvoir⁸ dans le cadre du déféré

3

□ CE, 21 février 2011, *Société Ophrys, Communauté d'agglomération Clermont-Communauté*, n°337349 & 337394, p. 54 au sujet d'un contrat administratif et CE, 29 décembre 2014, *Commune d'Uchaux*, n° 372477 & 372479, p. 416 au sujet d'un contrat de droit privé

4

□ CE, Sect., 7 octobre 1994, *Epoux L...*, n° 124244, p. 430 au sujet d'un contrat de droit privé et CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement*, n° 248950, p. 501 au sujet d'un contrat administratif

5

□ CE, Ass., 10 juillet 1996, *C...*, n°138536, p. 274 et CE, Sect., 8 avril 2009, *Ass. Alcaly*, n°290604, p. 112

6

□ CE, Sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, n°149662, p. 375

7

préfectoral, y compris pour les contrats non soumis à l'obligation de transmission de la loi du 2 mars 1982⁹.

Avec la loi du 4 janvier 1992 et l'ordonnance du 7 mai 2009, les tiers qui ont un intérêt à conclure un contrat et sont susceptibles d'être lésés par un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ont pu saisir le juge des référés précontractuel ou contractuel.

Vous vous êtes alors trouvés confrontés à une situation paradoxale.

L'absence d'accès des tiers au juge du contrat avait conduit à multiplier à leur bénéfice d'autres voies de recours : contre différents actes, à différents stades de la procédure et devant différents juges. Le recours contre le contrat restait donc pour les tiers une planète interdite, mais dans l'orbite de cette planète gravitaient un nombre croissant de satellites contentieux, répondant aux noms plus ou moins poétiques d'*Ophrys*, de *L...*(n° 124244) , de *C...*(n°138536) ou de *Lisieux*, aux trajectoires densément entrecroisées.

Cette prolifération n'était pas satisfaisante pour la sécurité juridique des relations contractuelles, que la théorie de l'acte détachable avait précisément pour objectif de concilier avec le droit au recours. Elle faisait peser davantage d'incertitudes qu'un recours directement exercé, une fois pour toutes, contre le contrat. Elle n'était pas davantage satisfaisante pour les tiers, dont les armes n'étaient ni simples d'emploi, ni efficaces dans leurs conséquences.

3. L'Assemblée du Contentieux a donc décidé de faire œuvre révolutionnaire. Elle a accompli cette rupture en deux temps : une révolution conceptuelle avec la décision 16 juillet 2007 *Société Tropic Travaux Signalisation*, n°291545, p. 360, puis une révolution pratique avec la décision *Département de Tarn-et-Garonne*.

Une révolution conceptuelle d'abord : la décision *Tropic* a substitué au recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables, un recours de plein contentieux en contestation de validité du contrat. Toutefois le Conseil d'Etat a doublement cantonné la portée pratique de ce changement de paradigme.

D'abord, le recours *Tropic* a été réservé à une catégorie déterminée de tiers, à savoir « *tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif* ».

⁸ CE, 2 novembre 1988, *Cre de la République des Hauts de Seine c/ OPHLM de Malakoff*, n°64954, T. p.659

8

⁹ CE, Sect., 26 juillet 1991, *Commune de Sainte-Marie*, n°117717, p.302

9

⁹ CE, 4 novembre 1994, *Département de la Sarthe*, n°99643, p. 801

Il s'agit de la catégorie de tiers dont la condition est objectivement la plus proche de celle des parties, puisqu'elle aspire à cette qualité. Il s'agit aussi de la catégorie qui avait le moins besoin de ce nouveau recours pour défendre ses intérêts. Le concurrent évincé dispose en effet déjà de l'arme efficace que constitue le référé précontractuel, de son prolongement le référé contractuel, ainsi que d'un recours tendant à l'indemnisation du préjudice subi à raison de l'illégalité de la conclusion du contrat¹⁰.

Le Conseil d'Etat est donc demeuré en deçà de la proposition faite par son commissaire du Gouvernement Didier Casas, qui visait pour sa part l'ensemble des tiers, sans distinction.

Ensuite, le basculement de la logique de l'excès de pouvoir à la logique du plein contentieux a été atténué. Ce tempérament, considérable, résulte de l'Avis *Société Gouelle* du 11 avril 2012¹¹. Il se traduit tant au stade de l'appréciation de l'intérêt pour agir, que de l'opérance des moyens soulevés dans le cadre du recours *Tropic*.

L'intérêt pour agir d'abord. Le Conseil d'Etat a retenu une conception plus qu'extensive du « concurrent évincé ». Il a jugé que cette qualité pouvait être « reconnue à tout requérant qui aurait eu intérêt à conclure le contrat, alors même qu'il n'aurait pas présenté sa candidature, qu'il n'aurait pas été admis à présenter une offre ou qu'il aurait présenté une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable ». Ainsi, toute entreprise susceptible d'intervenir dans un secteur d'activité déterminé se trouve investie de la faculté de saisir le juge d'un contrat conclu dans ce secteur.

L'opérance des moyens ensuite. Le Conseil d'Etat a estimé que le titulaire du recours *Tropic* pouvait soulever tout moyen. Autrement dit, l'opérance n'est pas subordonnée à la circonstance que le vice allégué ait un rapport avec la lésion de l'intérêt que fait valoir le concurrent évincé. Le Conseil d'Etat s'est ainsi clairement séparé des exigences posées en matière de référé précontractuel depuis sa décision *SMIRGEOMES* du 3 octobre 2008¹² ; et de façon plus générale, de la logique du recours de plein contentieux, qui vise en principe à réparer un intérêt lésé et non à dire le droit au sujet de la légalité objective de l'acte attaqué.

Avec le recours *Tropic* tel qu'interprété par l'Avis *Société Gouelle*, le concurrent évincé se trouve investi d'un rôle de gardien de la légalité générale. Il peut contester aussi bien tout manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence, que la

10

□ Faculté maintenue postérieurement à la création du recours *Tropic* : CE, 11 mai 2011, *Société Rebillon Schmit Prevot*, n°347002, p. 209

11

□ CE, Avis, 11 avril 2012, *Société Gouelle*, n° 355446, p. 148

12

□ CE, Section, 3 octobre 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe (SMIRGEOMES)*, n° 305420, p. 324

4

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

méconnaissance des règles de fonctionnement internes qui s'imposent aux personnes publiques pour conclure leurs contrats, que la violation de n'importe quelle législation par les stipulations du contractuelles : urbanisme, consommation, environnement...

Ainsi, pour conclure sur le recours *Tropic*, celui-ci ne bénéficiait qu'à une catégorie déterminée de tiers – les concurrents évincés – mais les contours de cette catégorie, aussi bien que le contenu du débat devant le juge, étaient envisagés de façon plus que libérale. Le régime du déféré préfectoral a par la suite été aligné sur celui du recours *Tropic* en devenant un recours de plein contentieux¹³.

En revanche, pour tous les tiers autres que les concurrents évincés, subsistait le régime antérieur du recours contre les actes détachables, éventuellement relayé par des conclusions aux fins d'injonction.

4. Après la révolution théorique du recours *Tropic*, c'est avec la décision *Département de Tarn-et-Garonne* que la Conseil d'Etat a accomplie la révolution sur le plan pratique.

L'objectif était simple, comme l'a souligné le rapporteur public Bertrand Dacosta : il s'agissait « *de déplacer l'intégralité du débat contentieux devant le juge du contrat, quel que soit le tiers concerné, de telle sorte qu'aucune autre voie contentieuse ne puisse prospérer une fois le contrat signé* »¹⁴.

Le nouveau recours *Tarn-et-Garonne*, qui se substitue au recours expérimental *Tropic*, poursuit cet objectif à travers deux caractéristiques qui le distinguent très nettement du coup d'essai de 2007. La première consiste en une substitution cette fois-ci globale du recours contre le contrat au recours contre les actes détachables. La seconde consiste à tirer toutes les conséquences du passage d'un contentieux objectif de la légalité à un contentieux subjectif de la défense des intérêts lésés. Abordons successivement ces deux aspects.

i) La substitution du recours contre le contrat au recours contre les actes détachables, d'abord.

Avec le recours *Tarn-et-Garonne* tous les tiers peuvent désormais contester la validité du contrat devant un juge de plein contentieux, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées.

13

□ CE, 23 décembre 2011, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration*, n° 348647, p. 662

14

□ B. Dacosta, « *Esquisse d'une typologie des requérants en matière contractuelle* », AJDA, 2014, p. 2049.

La substitution du recours contre le contrat au recours contre les actes détachables quitte donc la zone expérimentale dans laquelle ne pouvaient pénétrer que le concurrent évincé et le représentant de l'Etat. Elle touche l'ensemble des tiers et devient la règle de droit commun.

Les nouveaux tiers concernés sont, d'abord, les membres de l'organe délibérant de la collectivité ou du groupement de collectivité qui contracte. Ce sont ensuite tous les tiers qui n'appartiennent à aucune des trois catégories déjà envisagées et que les auteurs de la Chronique de jurisprudence à l'AJDA avaient plaisamment qualifiés de « Tiers Etat » : les contribuables locaux, les associations, les consommateurs, les usagers du service public, etc.

Les tiers paient le caractère direct et effectif de ce nouveau recours, d'une concession aux objectifs de simplification des mécanismes contentieux et de sécurité juridique des relations contractuelles poursuivis par la révolution *Tropic-Tarn-et-Garonne*. Il s'agit de l'abandon total du recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables, alors que *Tropic* laissait subsister cette voie périphérique jusqu'à la signature du contrat. Avec *Tarn-et-Garonne* seul le représentant de l'Etat conserve cette faculté – seulement tant que le contrat n'est pas signé.

Le recours contre les actes détachables des contrats de droit privé de l'administration, qui se trouvent hors de portée du recours *Tarn-et-Garonne*, demeure. Il en va de même des recours dirigés contre les clauses réglementaires des contrats administratifs et contre les contrats des agents publics : ces stipulations n'ont de contractuelles que le nom.

Enfin, il est toujours possible d'exercer un recours pour excès de pouvoir contre les décisions de la personne publique qui se situent suffisamment en amont du contrat pour échapper à son orbite contentieuse. Nous pensons par exemple à la décision de principe de lancer un projet dont la mise en œuvre donnera lieu ultérieurement à la passation d'un contrat. Ou à la décision d'opter pour tel ou tel type de contrat. Ou encore à la décision de recourir au contrat plutôt qu'à la régie. Le Conseil d'Etat pourrait aussi continuer à connaître de recours pour excès de pouvoir dirigés contre la décision de recourir à une délégation de service public prévue par l'article L. 1411-4 du code général des collectivités territoriales¹⁵.

ii) Venons-en à la seconde caractéristique du nouveau régime de recours. Elle consiste à tirer toutes les conséquences du passage d'un contentieux objectif de la légalité à un contentieux subjectif de la défense des intérêts lésés. Ces conséquences se traduisent à deux stades de l'appréciation des demandes : l'intérêt pour agir du requérant et l'opérance des moyens soulevés, entre lesquels la décision *Tarn-et-Garonne* établit un lien indissociable.

15 CE, 4 juillet 2012, *Association fédération d'action régionale pour l'environnement (Fare Sud) et autres*, n°350752, T. p. 599-842-845-860-938

L'intérêt pour agir d'abord. Ici, il convient de distinguer les tiers qui ont en charge un intérêt public, notamment constitutionnel, des autres tiers.

En effet, le recours *Tarn-et-Garonne* est ouvert *ès qualité* au représentant de l'Etat et aux membres de l'organe délibérant. Gardien du principe de légalité pour le premier, gardien de la libre administration des collectivités territoriales pour le second, ils sont, seuls, amenés à jouer un rôle de défenseur de la légalité générale.

En revanche tout autre tiers, qu'il s'agisse des concurrents évincés, des associations, des contribuables locaux, des consommateurs, des usagers du service public – pour ne prendre que quelques exemples – ne peut former de recours *Tarn-et-Garonne* que s'il est « *susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par (la) passation ou (les) clauses* » du contrat ».

Le concurrent évincé ne jouit donc plus du traitement préférentiel que lui avait ménagé le recours *Tropic* – traitement préférentiel paradoxal puisqu'il disposait déjà, nous l'avons dit, d'une large panoplie de recours. Il rejoint donc la cohorte démocratique du « Tiers Etat ». Au sein de celle-ci, chaque tiers devra faire valoir un intérêt subjectif cohérent avec sa nature : par exemple un intérêt patrimonial dans le cas du contribuable local, un intérêt au bon fonctionnement du service public dans le cas d'un usager, l'intérêt social dans le cas d'une association – et, si c'est une entreprise, son intérêt économique à obtenir le contrat.

En outre, l'exigence du caractère suffisamment direct et certain de la lésion de l'intérêt invoqué rompt de façon radicale avec la conception extensive du « *concurrent évincé* » issue de l'Avis *Société Gouelle*. Ainsi, on pourrait difficilement envisager une situation dans laquelle une entreprise qui n'aurait même pas présenté sa candidature pourrait faire valoir qu'elle a été lésée « *de façon suffisamment directe et certaine* » par la passation d'un contrat.

C'est donc un garde-fou solide que le Conseil d'Etat a entendu poser à ce premier stade – garde-fou cohérent avec le caractère désormais effectif du nouveau recours et avec sa nature subjective.

La même logique est à l'œuvre au stade de l'opérance des moyens. Nous retrouvons ici la dichotomie entre les tiers en charge d'un intérêt public et les autres. Le représentant de l'Etat et les membres de l'organe délibérant peuvent invoquer « *tout moyen* », « *compte tenu des intérêts dont ils ont la charge* ». En revanche les représentants du « Tiers Etat » – qui comprennent désormais les concurrents évincés – ne pourront se prévaloir que des « *vices en rapport direct avec l'intérêt dont ils se prévalent* » et de ceux « *d'une gravité telle que le juge devait les relever d'office* ». L'argumentation des recours devra être donc élaguée pour se focaliser sur les moyens « *en rapport direct* » avec l'intérêt invoqué. Nous y reviendrons à la fin de nos conclusions.

5. le Conseil d'Etat a enfin été conduits à trancher la question de l'application dans le temps du nouveau régime de recours.

L'Assemblée du Contentieux était saisie en effet d'un recours pour excès de pouvoir introduit par un conseiller général contre la délibération autorisant à l'exécutif départemental à signer le contrat litigieux. Le Conseil d'Etat était donc en présence d'un tiers appelé à bénéficier du nouveau recours *Tarn-et-Garonne* et à être privé du recours contre les actes détachables.

Il a donc été décidé de différer l'entrée en vigueur du régime *Tarn-et-Garonne*, comme cela avait d'ailleurs été le cas lors création du recours *Tropic*. Le nouveau recours « *ne pourra être exercé par les tiers qui n'en bénéficiaient pas et selon les modalités précitées qu'à l'encontre des contrats signés* » à compter du 4 avril 2014. Les recours contre les actes détachables de contrats signés avant cette date conservent donc leur objet.

6. La première question qui justifie le renvoi de la présente affaire devant la Section du Contentieux est donc de savoir si le différé d'entrée en vigueur du nouveau régime de recours, prévu très explicitement par *Tarn-et-Garonne* dans le cas des tiers qui ne disposaient auparavant que du recours contre les actes détachables, doit concerner également les concurrents évincés qui, eux, bénéficiaient notamment du recours *Tropic*, dès lors que *Tarn-et-Garonne* conduit à apprécier de façon plus restrictive l'intérêt pour agir de ces tiers et l'opérance des moyens qu'ils soulèvent devant le juge du contrat.

Nous l'avons dit en ouverture : la réponse à cette question découle de la lettre et de l'esprit de la décision d'Assemblée.

7. Le Syndicat mixte des transports en commun de l'Hérault – dénommé Hérault Transport – a lancé le 27 novembre 2008 une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de passer un marché à bons de commande relatif au transport routier de voyageurs dans le secteur Mont d'Orb - Caroux. Ce marché devait s'exécuter sur le fondement d'un accord-cadre d'une durée de six ans, à conclure avec un seul attributaire.

La société Voyages Guirette a régulièrement présenté sa candidature mais son offre, classée deuxième, n'a pas été retenue et cette décision lui a été notifiée le 13 mai 2009.

La société a saisi le tribunal administratif de Montpellier d'un recours *Tropic* qui tendait à l'annulation du contrat et à son indemnisation des préjudices subis. Cette demande a été rejetée par un jugement du 19 novembre 2010.

La cour administrative d'appel de Marseille a annulé ce jugement par un arrêt du 26 mai 2014, pour défaut de réponse à l'un des moyens soulevés par Hérault Transport.

Elle a évoqué l'affaire et après avoir écarté l'ensemble des autres vices invoqués par le syndicat, elle a prononcé la résiliation du contrat en considérant que sa durée était excessive.

En revanche elle n'a pas fait droit aux conclusions indemnitaires des Voyages Guirette : elle a considéré qu'il ne résultait pas de l'instruction que l'illégalité touchant à la durée du marché avait pu avoir pour effet de priver cette société d'une chance de l'emporter.

Hérault Transport se pourvoit en cassation contre cet arrêt en tant qu'il a prononcé la résiliation du contrat.

8. L'arrêt attaqué a été rendu sept semaines après la décision *Département de Tarn-et-Garonne*. La cour a toutefois entendu se placer dans le cadre du recours *Tropic* tel que précisé par l'Avis *Société Gouelle*. Cela ressort clairement de la motivation de sa décision.

La cour relève, d'une part, que la société Voyages Guirette retire de sa seule qualité de concurrent évincé un intérêt pour agir, d'autre part, que « *la recevabilité et l'opérance des moyens* » soulevés ne sont pas subordonnés à la question de savoir si les manquements du pouvoir adjudicateur sont susceptibles d'avoir lésé l'entreprise.

La cour ne s'interroge pas non plus sur l'existence d'un « *rapport direct* » entre la durée excessive du contrat, motif de censure retenu et l'intérêt dont la société invoquait la lésion.

Hérault Transport soulève un premier moyen, tiré précisément de ce que la cour aurait méconnu son office en ne recherchant pas si la durée du marché était susceptible de léser les intérêts des Voyages Guirette. Autrement dit, elle demande au Conseil d'Etat de faire application du régime *Tarn-et-Garonne* au contentieux en cours.

9. Nous citons à nouveau les termes de *Tarn-et-Garonne* : « *le recours ci-dessus défini ne pourra être exercé par les tiers qui n'en bénéficiaient pas et selon les modalités précitées qu'à l'encontre des contrats signés à compter de la lecture de la présente décision* ».

Il en ressort évidemment que les tiers qui ne bénéficiaient d'aucun accès au juge du contrat ne pourront former un recours *Tarn-et-Garonne* qu'à l'encontre des contrats postérieurs au 4 avril 2014. *Quid* des concurrents évincés qui disposaient auparavant du recours *Tropic*?

L'incise « *et selon les modalités précitées* » pourrait couvrir cette hypothèse : celle des tiers qui bénéficiaient d'un accès au juge du contrat, mais selon des modalités différentes. Nous admettons cependant que la phrase toute entière pourrait aussi être

interprétée comme un simple rappel du fait que les tiers, dans leur ensemble, ne bénéficiaient pas d'un recours devant le juge du contrat semblable à celui que crée la décision d'Assemblée.

Nous observons ensuite que les conclusions du rapporteur public, aussi bien que les commentateurs les plus éminents – les auteurs des Grands arrêts – ou les plus autorisés – ceux de la Chronique à l'AJDA – ne distinguent pas deux cas de figure. Ce silence peut être interprété comme la compréhension d'une solution identique pour les recours de tous les tiers. Mais aussi d'une solution limitant le différé d'application au cas particulier soumis à l'Assemblée, c'est-à-dire celui des tiers qui ne disposaient d'aucun accès au juge du contrat.

Les résultats de la seule exégèse ne sont donc pas concluants. Ce sont d'impérieux motifs de fond qui justifient, selon nous, des modalités uniformes d'entrée en vigueur du régime de recours *Tarn-et-Garonne*, quels que soient ses utilisateurs.

10. Le Conseil d'Etat a rappelé par sa décision *Tropic*, comme dans sa décision *Tarn-et-Garonne*, qu'il appartient en principe au juge administratif de faire application de la règle nouvelle à l'ensemble des litiges, quelle que soit la date des faits qui leur ont donné naissance.

Il a également rappelé dans ces deux décisions les cas de figure dans lesquels il peut envisager de déroger à ce principe.

Le premier vise les intérêts du requérant : c'est celui où l'application rétroactive aurait pour effet d'apporter une limitation à ce droit fondamental qu'est le droit au recours.

Le second cas de figure vise les intérêts des parties au contrat : c'est celui où l'application rétroactive méconnaîtrait l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations en cours.

Nous devons donc apprécier les effets de la substitution du recours *Tarn-et-Garonne* au recours *Tropic* de ce double point de vue. Limite-t-elle le droit au recours des tiers évincés ? Porte-t-elle une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours ?

11. Nous pouvons évacuer rapidement cette seconde question.

En effet, le recours *Tarn-et-Garonne* ne dote les concurrents évincés d'aucune voie de droit dont ils ne disposaient déjà. Par conséquent dans le cas de ces tiers, qui nous occupe aujourd'hui, la substitution de *Tarn-et-Garonne* à *Tropic* ne crée, par elle-même, aucune menace pour la sécurité juridique des contrats en cours.

Ce n'était évidemment pas le cas pour les tiers qui ne bénéficiaient pas du recours *Tropic* et c'est en se fondant sur l'impératif de sécurité juridique, nous l'avons dit,

que le Conseil d'Etat avait explicitement différé l'entrée en vigueur du recours *Tarn-et-Garonne* pour ces tiers-là.

Nous pouvons donc nous transporter directement sur le terrain du droit au recours.

12. Ce droit est garanti aussi bien par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen que par les articles 6§1 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. C'est pourquoi, lorsqu'est en cause la substance du droit au recours, le Conseil d'Etat déroge au principe général selon lequel les lois de procédure s'appliquent immédiatement aux instances en cours.

Plus exactement il distingue, au sein des règles qui relèvent en apparence de la procédure, celles qui affectent en réalité la garantie du droit au recours¹⁶.

Ce raisonnement a été posé par la décision CE, Sect., 13 novembre 1959, *Secrétaire d'Etat à la reconstruction et au logement et ministre des anciens combattants et des victimes de la guerre c/ Bacqué*, n°38805 & 39949bis, p. 593. Il a été jugé, à propos de la suppression par décret de l'opposition devant les tribunaux administratifs : « *que le droit de former un recours contre une décision d'une juridiction est fixé définitivement au jour où cette décision est rendue ; que les voies selon lesquelles ce droit peut être exercé, ainsi que les délais qui sont impartis à cet effet aux intéressés, sont, à la différence des formes dans lesquelles ce droit doit être introduit et jugé, des éléments constitutifs du droit dont s'agit* ».

Ce principe vaut également pour les recours contre les actes administratifs. Et il vaut aussi bien pour les règles issues directement de textes législatifs ou réglementaires que pour celles qui ont été posées par la jurisprudence, y compris dans le cas où la règle nouvelle ne comporte aucune réserve relative à son application dans le temps : CE, Sect., 6 juin 2008, *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris*, n° 283141, p. 204 et CE, 17 décembre 2014, *S...*, n° 369037, p. 392.

Les illustrations sont très nombreuses. On peut citer, parmi les règles apparemment procédurales mais dont l'application dans le temps a été différée car elles affectaient en réalité la substance du droit de former un recours :

- la suppression d'une voie de recours, en l'occurrence la cassation directe contre les jugements des tribunaux départementaux des pensions : CE, 11 juin 2003, *Mme H... veuve G...*, n°246456, T. p. 881 ;

- la modification du point de départ du délai de recours : CE, 27 mars 2000, *Mme L...*, n°196836, p. 139 ou encore la décision citée *S...* du 17 décembre 2014 (n° 369037) ;

16 Chronique de jurisprudence administrative de J.-H. Stahl et D. Chauvaux, AJDA, 1995, p. 370

- la réduction de la durée du délai de recours : CE, 8 avril 1970, *G...*, n°75137, p. 228 ;

- l'instauration d'un recours administratif préalable obligatoire : CE, 27 janvier 1997, *Comité départemental du Vaucluse de la Fédération française de pétanque et jeu provençal*, n°141182, T. p. 667 ;

- plus intéressant pour notre cas de figure, la limitation de l'intérêt pour agir par la règle de l'article L. 600-1-1 du code de l'urbanisme, selon laquelle une association n'est recevable à agir contre une décision relative à l'occupation ou à l'utilisation des sols que si le dépôt de ses statuts est intervenu antérieurement à l'affichage en mairie de la demande du pétitionnaire : CE, 11 juillet 2008, *Assoc. des amis des paysages bourganiauds*, n°, 313386, T. p. 845-970 ;

- citons encore la limitation de l'intérêt pour agir contre certaines autorisations d'urbanisme posée par les articles L. 600-1-2 et L. 600-1-3 du code de l'urbanisme : d'une part, le projet attaqué doit affecter directement les conditions d'occupation, d'utilisation ou de jouissance du bien du requérant et, d'autre part, l'intérêt pour agir de celui-ci s'apprécie à la date d'affichage en mairie de la demande du pétitionnaire : CE, 18 juin 2014, *SCI Mounou et autres*, n°376113, p. 163 ;

- citons enfin les règles de recevabilité des conclusions à fin de dommages intérêts pour citation abusive : cf. *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris*.

13. Pour les concurrents évincés, le nouveau recours *Tarn-et-Garonne* affecte trois aspects du régime antérieur : un reliquat de recours contre les actes détachables, l'intérêt pour agir et l'opérance des moyens. Envisageons successivement ces trois aspects.

En premier lieu, le recours *Tropic* avait laissé subsister pour ses bénéficiaires la possibilité de contester les actes détachables du contrat jusqu'à la date de signature de celui-ci. En revanche, *Tarn-et-Garonne* pousse jusqu'au bout la logique de la substitution en faisant disparaître cette faculté – sauf dans le cas du préfet.

La perte de cette voie de recours constitue sans aucun doute une « limitation » de la substance de ce droit au sens de la jurisprudence. La comparaison avec l'affaire *Tropic* est éclairante à cet égard. En 2007, la fermeture du recours contre les actes détachables après la signature du contrat était la contrepartie de l'ouverture d'un recours de pleine juridiction contre le contrat lui-même. C'est ce qui avait amené le Conseil d'Etat à juger que les règles de *Tropic* « prises dans leur ensemble, n'apportent pas de limitation » au droit au recours des tiers évincés. Il en va de même avec le recours *Tarn-et-Garonne* dans les cas des tiers autres que les concurrents évincés. Ils sont privés du recours contre les actes détachables, mais désormais titulaires d'un accès au juge du contrat. La formule employée dans *Tropic* a donc été réutilisée dans *Tarn-et-Garonne* :

« prises dans leur ensemble », les règles nouvelles « n'apportent pas de limitation au droit fondamental qu'est le droit au recours » de ces tiers.

En revanche pour les concurrents évincés, *Tarn-et-Garonne* n'apporte aucune contrepartie à la perte de cette voie de droit. Les règles nouvelles posent donc bien, sur ce premier point, une limitation au droit au recours de cette catégorie de tiers.

En deuxième lieu, vient la question de l'intérêt pour agir. Nous avons cité les décisions *Association des amis des paysages bourganiauds* et *SCI Mounou et autres*, desquelles il ressort que la restriction de l'intérêt pour agir affecte la substance du droit au recours.

En l'occurrence *Tarn-et-Garonne* met bien en œuvre une telle restriction, avec la nécessité pour le concurrent évincé de faire valoir qu'il est susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon « suffisamment directe et certaine » par la passation ou les clauses du contrat attaqué.

En troisième lieu, vient la question de l'opérance des moyens.

Le Conseil constitutionnel semble considérer que l'invocabilité des moyens participe du droit au recours. En effet, ayant à examiner la conformité du nouvel article L. 600-1 du code de l'urbanisme issu de la loi du 9 février 1994, selon lequel l'illégalité pour vice de forme ou de procédure d'un document d'urbanisme ne peut plus être invoquée par voie d'exception, après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la prise d'effet de ce document, le Conseil constitutionnel avait rejeté au fond le moyen tiré de la méconnaissance du droit au recours.

Pour sa part, le Conseil d'Etat a jugé au sujet des mêmes dispositions de l'article L. 600-1 que le droit au recours faisait obstacle à ce qu'elles puissent s'appliquer lorsque l'exception d'illégalité avait été invoquée avant l'entrée en vigueur de la loi : CE, Sect., 5 mai 1995, *Société « Coopérative maritime Bidassoa »*, n°140579, p. 194.

Il est vrai que la jurisprudence a retenu une solution différente pour l'application dans le temps de la règle d'inopérance issue de la décision *SMIRGEOMES*. En matière de référé précontractuel, le concurrent évincé ne peut se prévaloir que des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptibles de l'avoir lésé ou de risquer de le léser. Cette règle a été appliquée immédiatement aux contentieux en cours.

Cependant, la décision *SMIRGEOMES* prenait directement appui sur la lettre même de l'article L. 551-1 du code de justice administrative. Ces dispositions étaient bien antérieures à l'affaire en question et il s'agissait simplement de restituer leur portée. Il n'existe rien de comparable au cas présent, où le Conseil d'Etat a créé *ex nihilo* un nouveau régime de recours.

En outre le moyen tiré de l'erreur de droit commise par les juges du fond à avoir retenu comme fondé un moyen inopérant est d'ordre public en cassation : CE, 4 juin

2014, *Société Opilo et Société Eurl Paris Plage*, n°368254-368427, T. 817-826. Si *Tarn-et-Garonne* devait s'appliquer aux contentieux en cours, il faudrait relever d'office de telles erreurs de droit.

Si l'opérance des moyens participe du droit au recours, il ne va pas de soi qu'à elle seule, la restriction résultant de *Tarn-et-Garonne* serait de nature à justifier un différé d'entrée en vigueur du nouveau régime pour les tiers évincés. En effet, elle ne prive pas le requérant d'une voie de recours, à la différence des deux autres changements introduits par *Tarn-et-Garonne*, relatifs au recours contre les actes détachables et à l'intérêt pour agir. Au cas général les évolutions de la jurisprudence peuvent conduire à écarter comme inopérants, en application de la règle nouvelle, un moyen auparavant fondé et il continuera d'en être ainsi.

Il n'en demeure pas moins qu'en l'espèce, le bilan de la substitution du recours *Tarn-et-Garonne* au recours *Tropic* pour le concurrent évincé est bien négatif sur le plan du droit au recours.

14. Il est d'ailleurs le seul tiers dans ce cas. En effet si l'on établit, entre les différentes catégories de tiers, un classement des gagnants et des perdants du nouveau régime de recours, le concurrent évincé occupe la dernière place.

Sur la première marche du podium on trouve les membres de l'organe délibérant : nouveau recours de plein contentieux, intérêt pour agir reconnu *ès qualité* et liberté de soulever tout moyen. Au regard de cette panoplie flamboyante, la perte du recours contre les actes détachables est un inconvénient très relatif.

Sur la deuxième marche on trouve les « tiers lambda » : associations, contribuables locaux, consommateurs, usagers du service public, etc. Ils sont dotés d'un nouveau recours de plein contentieux, mais leur intérêt pour agir et l'opérance des moyens sont appréciés au regard des intérêts subjectifs dont la lésion est alléguée. Le « tiers lambda » peut donc se trouver perdant dans le seuls cas où la contestation du contrat reposera sur la légalité d'actes détachables qu'il pouvait autrefois attaquer pour excès de pouvoir. Toutefois, à la portée « platonique » du régime ancien se substitue la portée effective du recours nouveau, ceci venant compenser cela.

Sur la troisième marche du podium on trouve le représentant de l'Etat. L'office du juge saisi d'un déferé préfectoral était déjà identique à celui du recours *Tarn-et-Garonne* et il n'y a donc pas de gain à cet égard. Son intérêt pour agir est reconnu *ès qualité* et sa liberté de soulever tout moyen reste entière. Enfin, le préfet continue à cumuler ce recours nouveau avec le recours contre les actes détachables jusqu'à la signature du contrat.

Enfin pointe le concurrent évincé. Comme le représentant de l'Etat, il n'a tiré aucun bénéfice de *Tarn-et-Garonne* puisqu'il pouvait déjà saisir le juge du contrat. Mais à la différence du préfet, il hérite de contraintes nouvelles : il perd totalement le recours contre les actes détachables et se voit imposer les mêmes exigences que les « tiers lambda » au stade de l'intérêt pour agir et des moyens invocables.

On voit que la création du recours *Tarn-et-Garonne* a des conséquences multiples sur le droit au recours des tiers. Ces conséquences jouent dans les deux sens : ouverture et restriction. Et surtout elles jouent de façon différenciée selon les catégories de tiers. *Tarn-et-Garonne* a donc une nature « mixte » du point de vue du droit au recours. Mais pour les concurrents évincés, les conséquences sont uniformément restrictives.

Encore une fois, nous pensons qu'il n'est rien de choquant à cela puisque le concurrent évincé dispose par ailleurs de recours spécifiques, dont la portée est plus adéquate à ses besoins que le recours *Tarn-et-Garonne* : référé précontractuel pour faire obstacle à la signature du contrat et recours indemnitaire pour obtenir la réparation pécuniaire de son éviction. Le recours *Tarn-et-Garonne* revêt pour lui un caractère subsidiaire, ce qui n'est évidemment pas le cas pour les autres tiers dont il constitue la seule arme.

Le Conseil d'Etat avait différé l'entrée en vigueur du recours *Tropic* pour des motifs de sécurité juridique. Toutefois, il en avait fait application immédiate au cas de l'espèce, pour ne pas priver la société requérante du nouveau droit au recours. La situation est inverse dans la présente affaire : l'application immédiate de *Tarn-et-Garonne* pourrait affecter le droit au recours des Voyages Guirette si le moyen tiré de la durée excessive du contrat n'était pas opérant au regard des nouvelles exigences en la matière.

15. Ces seules considérations relatives au droit au recours seraient suffisantes pour conduire à différer l'entrée en vigueur du nouveau régime pour les tiers évincés. Nous pouvons y ajouter diverses considérations d'opportunité.

La première est tirée de la prévisibilité et de la crédibilité de la jurisprudence. En effet le recours *Tarn-et-Garonne*, comme d'ailleurs le recours *Tropic*, est une création *ex nihilo*, un régime entièrement nouveau qui ne peut s'appuyer sur aucun texte. S'il avait été ouvert par voie législative ou réglementaire, la question de son application aux seules situations formées postérieurement à son entrée en vigueur n'aurait pas fait l'ombre d'un doute.

La seconde considération est tirée du souci de simplifier le paysage des recours en matière contractuelle, qui est l'un des objectifs la décision *Tarn-et-Garonne*. Le principe selon lequel le régime procédural des recours suit la date de signature du contrat est frappé du sceau de la clarté. C'est ainsi que l'on évitera aussi bien les pièges que les effets d'aubaine.

Les inconvénients de cette solution nous semblent mineurs.

Certes le juge administratif devra gérer, pendant une période transitoire, l'existence parallèle du recours *Tropic* et du recours *Tarn-et-Garonne* dont les règles d'intérêt pour agir et d'opérance des moyens ne seront pas identiques – et qui différeront

en outre de celles du référé précontractuel. Il est toutefois coutumier de telles situations lorsqu'elles découlent de la volonté du législateur ou du pouvoir réglementaire.

Certes également, on retarde l'entrée en vigueur d'un régime de recours mieux adapté à notre temps. Toutefois que le stock d'affaires pendantes devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel se limite à quelques dizaines. La face du contentieux n'en sera donc pas changée et le nouveau régime se mettra en place sur des bases loyales vis-à-vis des requérants potentiels comme des cocontractants.

Nous proposons donc de juger que le régime de recours issu de la décision *Tarn-et-Garonne* ne doit s'appliquer, pour les concurrents évincés, comme c'est déjà le cas pour les autres tiers, qu'aux contrats signés à compter du 4 avril 2014.

Et donc qu'en l'espèce, la demande présentée au tribunal administratif de Montpellier par les Voyages Guirette doit être jugée dans le cadre du régime *Tropic*.

Si vous nous suivez vous écarterez donc le premier moyen, tiré par Hérault Transport de l'erreur de droit qu'aurait commis la cour en s'abstenant d'appliquer les règles d'opérance des moyens définies par *Tarn-et-Garonne*.

16. Il n'est donc plus nécessaire pour la résolution du présent litige de trancher la seconde question posée à la Section du contentieux, qui était de savoir si le moyen tiré de la durée excessive du contrat est utilement invocable par le concurrent évincé dans le cadre d'un recours *Tarn-et-Garonne*.

Nous ouvrirons cependant une parenthèse sur ce point et plus généralement sur l'opérance des moyens dans le cadre du recours *Tarn-et-Garonne*.

Nous avons déjà relevé à quel point les termes de cette décision établissent un lien fort entre l'intérêt pour agir et l'opérance des moyens.

Le requérant, d'une part, doit être « *susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par (la) passation ou (les) clauses* » du contrat et, d'autre part, ne peut invoquer « *que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé* » où ceux que le juge devrait relever d'office compte tenu de leur gravité.

La décision souligne ainsi que les tiers ont accès au juge du contrat uniquement pour obtenir réparation de la lésion d'un intérêt dont ils peuvent légitimement se prévaloir. L'opérance d'un moyen, dans ces conditions, ne peut être appréciée que de façon très concrète, au cas par cas, au regard de la réalité de l'intérêt invoqué, d'abord, puis de l'intensité du rapport avec la lésion de cet intérêt, ensuite.

Il est donc malaisé d'établir une classification *a priori* des moyens opérants et inopérants. Notamment parce que cette classification ne pourrait être commune à toutes les catégories de tiers. En effet les intérêts invocables diffèrent selon la nature de ceux-ci. Les concurrents évincés, pour leur part, ne peuvent se prévaloir que de leur intérêt à

obtenir le contrat : ils ne peuvent donc soulever que les manquements aux règles applicables à la passation du contrat qui sont en rapport direct avec leur éviction.

A cet égard, le Conseil d'Etat pourrait estimer que le requérant n'a pas à établir formellement le caractère direct du lien entre le vice soulevé et l'éviction qui lèse son intérêt à obtenir le marché, mais simplement à démontrer sa vraisemblance. C'est un raisonnement analogue qui a été tenu en matière de référé précontractuel : CE, 29 avril 2011, *Garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés*, n°344617, T. p. 1005-1021.

Il conviendra donc de mettre en œuvre, pour apprécier l'opérance des moyens dans le cadre du recours *Tarn-et-Garonne*, une logique analogue à celle de la jurisprudence déjà citée *SMIRGEOMES* en matière de référé précontractuel. Nous disons bien analogue mais pas identique. Compte tenu de l'office des différents juges et des exigences spécifiques au recours *Tarn-et-Garonne*, le Conseil d'Etat pourrait très bien porter une appréciation différente sur l'opérance d'un même moyen au stade du référé précontractuel, puis du recours contre le contrat. Cette géométrie variable opérerait dans les deux sens : des moyens inopérants dans le cadre de *SMIRGEOMES* ne le seraient pas dans le cadre de *Tarn-et-Garonne* et *vice-versa*.

Envisageons quelques exemples qui concernent particulièrement les tiers évincés.

i) En matière de référé précontractuel, la spécialité d'une entreprise suffit à établir son intérêt à conclure un contrat et il n'est pas nécessaire qu'elle ait été effectivement candidate ou qu'elle établisse qu'elle a été empêchée de l'être : CE, 8 août 2008, *Région de Bourgogne*, n°307143, T. p. 819-856. Une solution aussi extensive, d'ailleurs antérieure à *SMIRGEOMES*, est incompatible avec la conception de l'intérêt pour agir – et par voie de conséquence de l'opérance des moyens – développée par *Tarn-et-Garonne*. Le nouveau régime exige de l'entreprise requérante qu'elle ait été susceptible d'être lésée dans ses intérêts « *de façon suffisamment directe et certaine* ». Or, pour justifier d'une lésion présentant ces caractères, il faudrait au minimum que l'entreprise ait présenté une candidature, voire une candidature régulière, ou qu'elle démontre qu'elle a été empêchée de le faire.

ii) Ensuite, les moyens tirés de la méconnaissance des règles de compétence ou de procédure qui s'imposent aux personnes publiques lorsqu'elles contractent semblent *a priori* difficilement opérantes, car on voit mal comment ces règles pourraient avoir une incidence directe sur l'éviction d'une entreprise.

iii) L'opérance des moyens tirés de la méconnaissance d'une règle de publicité ou de mise en concurrence est en revanche beaucoup plus évidente. Pour autant, cette opérance ne sera pas nécessairement acquise. En effet, la logique de contentieux subjectif qui est celle de *Tarn-et-Garonne* exclut que tout manquement de cette nature puisse être invocable par principe : là encore, la règle dont la violation sera invoquée devra être en rapport direct avec l'éviction.

Une appréciation des moyens qui conduirait à faire du nouveau recours une séance de rattrapage du référé précontractuel, ruinerait évidemment l'objectif de simplification de la carte des recours contentieux qui fonde *Tarn-et-Garonne*.

Il est dans l'intérêt du contribuable, des entreprises, d'une bonne administration de la justice et il est d'ailleurs conforme à la volonté du législateur européen, que le contentieux contractuel soit vidé le plus en amont possible. Et donc que les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence soient traités au stade du référé précontractuel. Il serait contreproductif, à cet égard, de permettre au concurrent évincé de demander au juge du contrat ce qu'il pouvait obtenir du juge du référé précontractuel et qui lui a été refusé par celui-ci.

iv) Les moyens dirigés contre les irrégularités qui affectent l'analyse des offres seront assez naturellement en rapport direct avec l'éviction d'une offre régulière. Ils seront donc opérants sous cette condition dans le cadre de *Tarn-et-Garonne*, alors qu'ils ne le sont en principe pas dans le cadre du référé précontractuel.

v) Qu'en sera-t-il des moyens dirigés contre les stipulations contractuelles elles-mêmes ?

La décision *Tarn-et-Garonne* précise que la lésion des intérêts peut résulter de la passation du contrat mais aussi de ses clauses.

On peut imaginer en effet des clauses rédigées de telle façon qu'elles visent à évincer certaines entreprises au profit de leurs concurrents. Ainsi, la durée d'un contrat peut avoir un caractère déterminant sur la conception du contenu des offres, compte tenu notamment de la durée d'amortissement des investissements. Elle pourrait être utilisée par une personne publique pour écarter à dessein certaines entreprises.

Le moyen tiré d'une durée excessive du contrat pourrait donc, dans des circonstances particulières, être jugé opérant – dans la mesure, encore une fois, où cette durée serait en rapport direct avec l'éviction du concurrent à l'occasion de la procédure de passation.

Signalons qu'en matière de référé précontractuel, le Conseil d'Etat a jugé que pouvait être utilement invoqué le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions du Code général des collectivités territoriales qui encadrent la durée d'une délégation de service public : CE, 15 décembre 2008, *Communauté intercommunale des villes solidaires*, n°312350, T. p. 819 ; ou encore le moyen tiré de l'incertitude sur la durée de la délégation empêchant les candidats de présenter utilement leurs offres : CE, 21 mai 2010, *Commune de Bordeaux*, n°334845, T. p. 858-896-934.

Au cas d'espèce, qu'en serait-il si nous devions appliquer les règles *Tarn-et-Garonne* ?

La cour a prononcé la résiliation du marché après avoir accueilli le moyen tiré de ce qu'en prévoyant une durée de six ans, Hérault Transport avait méconnu les dispositions du code des marchés publics qui fixent une limite de quatre ans, sauf cas exceptionnels dûment justifiés.

Il ne ressort pas de ce dossier - et n'est d'ailleurs pas soutenu - que cette durée illégale aurait un rapport direct avec l'éviction des Voyages Guirette. La cour a d'ailleurs rejeté les conclusions indemnitaires de l'entreprise en relevant qu'il ne résultait pas de l'instruction que la durée du marché avait eu pour effet de la priver d'une chance de l'emporter. Par conséquent, si la présente affaire avait été jugée dans le cadre du régime *Tarn-et-Garonne*, nous aurions été amenés à considérer que le moyen tiré de la durée du contrat était inopérant.

vi) Enfin, il est probable que les concurrents évincés ne pourront plus soulever dans le cadre de *Tarn-et-Garonne* de moyen étranger au droit de la commande publique – environnement, urbanisme, consommation – car on peine à discerner comment un vice tiré de la méconnaissance d'une autre législation pourrait avoir un rapport direct avec l'éviction.

A cet égard, la situation du concurrent sera à l'opposé de celle des autres tiers.

On conçoit mal en effet qu'une association, un consommateur, ou un usager du service public, puisse se trouver lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par un vice touchant aux seules règles de passation. Sauf s'il s'agit, par exemple, d'une association dont la transparence de la commande publique constitue l'objet même. En revanche, cette même association ou ce même consommateur sont davantage susceptibles d'être lésés par des stipulations de fond du contrat, qui seraient en rapport avec leurs intérêts.

Il nous faut rappeler, pour être complet, que la décision *Tarn-et-Garonne* a réservé le cas des vices d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office. On pourrait ainsi envisager qu'une irrégularité ou une incertitude grave affectant les caractéristiques essentielles du marché – son objet, sa durée, son prix – entrent dans ce cas de figure.

17. Fermons cette parenthèse pour apprécier rapidement le mérite des trois derniers moyens du syndicat Hérault Transport dans le cadre du recours *Tropic*.

Nous avons dit que la cour a accueilli le moyen tiré de la méconnaissance du II de l'article 77 du code des marchés publics qui, dans sa rédaction applicable au présent contrat, fixe une limite de quatre ans pour les marchés à bons de commande. Cette durée ne peut être dépassé que « *dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet, ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans.* ».

La cour a relevé, en premier lieu, qu'aucune des exigences particulières énoncées dans le dossier de consultation ne justifiaient que la durée du contrat soit portée à six ans, en deuxième lieu, que la durée d'amortissement des autocars admise par l'administration fiscale était de quatre ou cinq ans et non de six ans, enfin, que les candidats disposaient pour partie de véhicules déjà amortis et pour partie de véhicules récents qui, après l'expiration du marché, pouvaient soit être revendus, soit continuer à être amortis dans le cadre d'autres contrats.

Le syndicat « Hérault transport » soutient d'abord que la cour a commis une erreur de droit en tenant compte des possibilités de réutilisation ou de revente des véhicules après la fin du marché. Ce moyen n'est pas fondé, car il est tout à fait cohérent pour le juge d'apprécier la nécessité d'amortir les investissements en tenant compte des caractéristiques concrètes des équipements requis par le marché – en l'occurrence des autocars.

Le syndicat « Hérault transport » soutient ensuite que la cour a commis une erreur de qualification juridique en considérant que la durée de six ans n'était pas justifiée.

La question du contrôle de cassation sur ce point n'est pas tranchée.

Le Conseil d'Etat a déjà procédé à un contrôle de qualification juridique dans le cadre du référé précontractuel, par votre décision non fichée sur ce point CE, 11 mars 2013, *Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie – Mutuelle des chambres de commerce et d'industrie*, n°364551 & 364603, T. p. 691-702-762-807.

En outre les dispositions du code des marchés publics qu'il s'agit d'appliquer encadrent fortement les pouvoirs adjudicateurs puisqu'elles fixent une durée maximale et n'autorisent à y déroger qu'à titre exceptionnel.

Elles mentionnent enfin deux critères, certes non limitatifs, pour apprécier le caractère exceptionnel de la situation : objet du marché et durée des amortissements. Une telle approche justifierait un contrôle normal des juges du fond. Nous pensons donc qu'il y a matière à un contrôle de qualification juridique en cassation.

Le syndicat Hérault transport soulève deux arguments à l'appui de ce moyen.

D'abord il soutient que la cour ne pouvait se livrer à une appréciation purement théorique en se fondant, comme elle l'a fait, sur la seule durée d'amortissement fiscal, sans prendre en compte l'amortissement comptable et économique dont les durées sont supérieures. Le requérant se borne toutefois à énoncer sur ce sujet des généralités sans rapport avec la qualification des circonstances de l'espèce.

Il soutient ensuite que les particularités de ce marché – en matière de sécurité, d'accessibilité aux personnes handicapées, de normes environnementales – auraient imposé une durée de six ans. Mais le contenu des particularités en question, aussi bien

que leurs conséquences sur la conception des offres ne sont aucunement étayées. La circonstance que soient requises des « *exigences qualitatives de haut niveau* » ne suffit pas à caractériser l'existence d'un « *cas exceptionnel* » au sens de l'article 77 du code des marchés publics : c'est donc à bon droit que la cour a souverainement écarté cette branche de l'argumentation.

Hérault transport soutient enfin que la cour a insuffisamment motivé son arrêt et commis une erreur de droit en prononçant la résiliation du contrat sans rechercher, comme le syndicat l'y invitait, si une telle mesure ne portait pas atteinte à l'intérêt général.

Ce moyen n'est pas davantage fondé que les précédents.

Certes, après avoir cité le considérant de principe de la décision *Tropic*, la cour s'est bornée ensuite à considérer « *qu'en égard à la nature de l'illégalité relevée ci-dessus, il y a lieu de prononcer la résiliation du marché litigieux* ».

Cependant toute l'argumentation dont se prévaut aujourd'hui le syndicat mixte tendait en réalité à éviter l'annulation. Il proposait notamment à la cour, au nom de la protection de l'intérêt général, de prononcer à la place la résiliation du contrat.

En tout état de cause, ce ne sont pas les considérations d'intérêt général qui ont amené la cour à se limiter à une résiliation du contrat, mais la nature de l'illégalité dont il était entaché.

Vous écarterez donc ce dernier moyen.

Et par ces motifs nous concluons au rejet du pourvoi.