

N° 358994

Département de Tarn-et-Garonne

Assemblée du contentieux

Séance du 21 mars 2014

Lecture du 4 avril 2014

CONCLUSIONS

M. Bertrand DACOSTA, rapporteur public

Le contentieux contractuel, une fois retombée l'efflorescence du début du XX^{ème} siècle, est demeuré, durant quelques décennies, une sorte d'oasis, préservée des turbulences. Les innovations jurisprudentielles ou textuelles étaient peu fréquentes. Portant le plus souvent sur l'exécution de marchés publics, les litiges étaient réglés au terme d'instructions que ne perturbaient guère des préoccupations d'urgence, et qu'allongeaient de complexes expertises.

Le paysage, en quelques années, a été métamorphosé.

Certes, le contentieux de l'exécution n'a pas disparu, même si vous n'en connaissez plus, aujourd'hui, qu'en tant que juge de cassation. Mais sa physionomie a évolué, avec l'introduction du référé provision, qui a connu un essor marqué depuis que l'usage de cette voie de recours n'est plus subordonné à l'introduction d'une demande au fond. De plus, la jurisprudence issue de votre décision d'assemblée Commune de Béziers du 28 décembre 2009, dite « Béziers I », exclut désormais que, dans le cadre d'un litige opposant les parties à un contrat administratif, le juge, soit d'office, soit à la demande de l'une d'elles, se saisisse d'une quelconque irrégularité pour « constater la nullité du contrat », selon la formule antérieure. L'exigence de loyauté et l'objectif de stabilité des relations contractuelles conduisent le juge à n'écarter le contrat que s'il constate une irrégularité tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement. Précisé par votre décision M... du 12 janvier 2011 (n° 338551, p. 5), s'agissant de la question particulière des irrégularités affectant la procédure de passation du contrat, le cadre peut être regardé comme stabilisé.

Autre innovation, relative à cette ultime mesure d'exécution du contrat que constitue, le cas échéant, sa résiliation : votre décision de section Commune de Béziers du 21 mars 2011 – « Béziers II », dans le jargon des amateurs – a ouvert au cocontractant de l'administration, pour l'ensemble des contrats, une voie de droit nouvelle, l'action en reprise des relations contractuelles. Si celle-ci n'a pas vocation à prospérer de façon systématique, compte tenu des conditions mises à son succès, elle n'en constitue pas moins un utile contrepoint à l'unilatéralisme des contrats administratifs.

Si l'office du juge du contrat, saisi par une partie, a connu de notables transformations, les recours des tiers ne sont pas demeurés en reste. Le référé précontractuel, introduit en droit interne en 1992 pour transposer la directive « recours », a ainsi été significativement infléchi par votre décision de section « SMIRGEOMES » du 3 octobre 2008 (p. 324). Cependant, parmi les multiples mutations de ce contentieux, la plus attendue a sans doute été l'ouverture aux tiers d'une voie de recours contre le contrat lui-même.

Elle a suscité de très abondants commentaires, qui nous dispensent d'en retracer par le menu les prémices. Nous nous bornerons donc à quelques rappels.

Même si la doctrine n'est pas unanime quant à la date précise à laquelle s'est opéré ce basculement, un point est acquis : à la fin du XIX^{ème} siècle, au moment où se cristallisait la classification des recours contentieux, vous avez fermé aux tiers la possibilité de contester un contrat administratif. Le juge de l'excès de pouvoir ne pouvait connaître du contrat. Le juge du contrat ne pouvait être saisi que par les parties.

Face à cette double contrainte, vous avez consacré, en 1905, par la décision Martin (4 août 1905, p. 749), une solution qui demeure d'actualité, même si elle a été écornée : le tiers, dès lors qu'il a intérêt à agir, peut demander au juge de l'excès de pouvoir d'annuler les actes administratifs préalables à la conclusion du contrat, qui l'ont préparée et rendue possible. A la vérité, avant même l'arrêt Martin, une telle voie était, en théorie, ouverte, au moins à titre provisoire : ces actes étaient attaquables tant que le contrat n'était pas devenu définitif ; en revanche, et comme le relevait le commissaire du gouvernement Romieu, « *une fois que le contrat est devenu définitif par l'approbation de l'autorité supérieure et qu'il est en cours d'exécution, les actes administratifs se trouvent incorporés au contrat lui-même, en font partie intégrante, et ne peuvent plus en être détachés au point de vue des recours contentieux.* » C'est afin d'éviter que le requérant ne se heurte à une succession de portes closes qu'a été admise la possibilité d'obtenir l'annulation d'actes regardés comme détachables du contrat, alors même que celui-ci aurait été signé et, le cas échéant, approuvé. Mais cette annulation n'était susceptible de rejaillir sur le sort du contrat lui-même qu'à la condition que l'une des parties saisisse le juge du contrat ; à défaut, elle demeurait sans incidence, « *platonique* » pour reprendre la formule si souvent citée. Notons cependant que si la notion d'annulation platonique heurte quelque peu la sensibilité du juriste au début du XXI^{ème} siècle, elle ne revêtait pas, à cette époque, une signification toute négative : ainsi que l'observait Romieu, que nous citons à nouveau, l'annulation « *aura toujours pour effet de dire le droit, de ne pas fermer le prétoire aux citoyens usant de la faculté que la loi leur reconnaît, de censurer l'illégalité, d'éclairer l'opinion publique et de prévenir le retour des pratiques condamnées.* »

Se prévaloir de la jurisprudence Martin est resté, durant la plus grande partie du siècle dernier, l'unique option ouverte aux tiers. Trois de ses traits saillants méritent, à ce stade, d'être relevés. S'agissant d'un recours pour excès de pouvoir, l'intérêt à agir du tiers a été envisagé avec bienveillance, ce libéralisme étant d'autant moins gênant que l'annulation de l'acte détachable n'impliquait pas, par elle-même, la disparition du contrat. Vous avez poussé jusqu'à son extrême limite la logique de la « *détachabilité* » : même dans l'hypothèse où aucun acte administratif n'a précédé la signature du contrat, cette signature révèle elle-même une décision de le signer, qui peut être contestée (CE, 9 novembre 1934, Chambre de

commerce de Tamatave, p. 1034). Ainsi, pour tout contrat, il existe au moins un acte détachable susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Enfin, vous avez rapidement admis que puissent être invoqués, à l'appui du recours contre l'acte détachable préalable à la conclusion du contrat, des moyens tirés de l'illégalité du contrat lui-même (CE, 12 juillet 1918, Lefebvre, p. 698) : le tiers ne peut contester le contrat, mais peut obtenir l'annulation de la décision de le signer en raison de son illicéité (cf. par exemple CE, 8 mars 1985, Association « Les amis de la terre », p. 73 ; CE, Section, 6 décembre 1995, Département de l'Aveyron, p. 428).

Cette construction présentait au moins un avantage : ses lignes étaient pures. Elles ne le sont pas restées.

Deux séries de considérations se sont, dans un premier temps, conjuguées pour brouiller les perspectives.

En premier lieu, la muraille dressée devant les tiers a été ébréchée. La loi a permis au préfet de déférer au tribunal administratif les contrats conclus par les collectivités territoriales et leurs établissements publics, recours que vous avez, dans un premier temps, regardé comme un recours pour excès de pouvoir (CE, Section, 26 juillet 1991, Commune de Sainte-Marie de la Réunion, p. 302). Vous avez admis que les tiers y ayant intérêt puissent former un recours pour excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat (CE, Assemblée, 10 juillet 1996, C..., n° 138536, p. 274) ; et vous avez jugé que ces clauses sont, par nature, divisibles de l'ensemble du contrat, affirmation hardie mais nécessaire pour assurer la recevabilité de tels recours (CE, Section, 8 avril 2009, Association Alcaly et autres, p. 112). Enfin, la voie du recours pour excès de pouvoir a été également ouverte à l'encontre des contrats de recrutement d'agents publics, lesquels, il est vrai, dérogent sur bien des points au droit commun des contrats administratifs (CE, Section, 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, p. 375).

En second lieu, le législateur, en dotant le juge administratif d'un pouvoir d'injonction, par les lois successives du 16 juillet 1980 et du 8 février 1995, a permis aux tiers, pour la première fois, d'aller au-delà de la simple annulation de l'acte détachable. Le pas a été franchi par votre décision de section Epoux L... du 7 octobre 1994 (n° 124244, p. 430). Le tiers qui obtient l'annulation d'un tel acte peut saisir le juge de l'exécution afin que celui-ci enjoigne à la collectivité d'en tirer les conséquences ; si le juge estime que le contrat doit disparaître rétroactivement de l'ordonnement juridique, il enjoindra à cette collectivité de saisir le juge du contrat. Certes, le parcours n'est pas simple, puisqu'il peut faire intervenir trois juges successifs : le juge de l'excès de pouvoir, le juge de l'exécution et le juge du contrat (les deux premières étapes pouvant être fusionnées depuis 1995). Mais le tiers qui l'emprunte peut, à défaut d'être recevable à saisir lui-même le juge du contrat, contraindre la personne publique à le faire. Nous y reviendrons.

Ces différents éléments vous ont finalement conduits, en 2007, par votre décision Société Tropic Travaux Signalisation, à briser – partiellement – les colonnes du temple, en ouvrant à certains tiers une voie d'accès au juge du contrat. Vous y avez été encouragés, de surcroît, par les évolutions du droit européen, puisqu'était en passe d'être adoptée une nouvelle directive, complétant la directive « recours » de 1989, imposant aux Etats membres,

en certaines circonstances, de prévoir une voie de recours contre le contrat pour les candidats malheureux à l'attribution de marchés publics.

Quelles sont les principales caractéristiques de ce recours en contestation de la validité du contrat ?

Il n'est ouvert qu'aux concurrents évincés de la conclusion d'un contrat administratif. Son terrain d'élection est donc la commande publique, avec une excroissance possible dans d'autres domaines où l'administration, sans y être tenue, aurait organisé une mise en concurrence.

Il s'agit d'un recours de pleine juridiction. Le juge n'est pas enfermé dans l'alternative propre au contentieux de l'excès de pouvoir (rejet ou annulation) : il peut décider la poursuite de l'exécution du contrat, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation ; il peut en prononcer la résiliation ; il peut enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, l'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé. Alors même que ce recours n'est ouvert qu'aux concurrents évincés, ceux-ci peuvent invoquer tout moyen (CE, 11 avril 2012, Société Gouelle, à publier au recueil). La décision Tropic Travaux précise aussi que le juge peut d'accorder des indemnisations en réparation des droits lésés, mais il ne s'agit là que d'un rappel du droit commun ; un recours indemnitaire peut être formé indépendamment de tout recours en contestation de la validité du contrat comme il peut être adossé à celui-ci. Dans les deux cas, il obéit au même régime, avec l'exigence d'une liaison préalable du contentieux, sauf en matière de travaux publics (cf. CE, 11 mai 2011, Société Rebillon Schmit Prévot, p. 209). Le recours en contestation de la validité du contrat peut être assorti d'une demande de suspension : vous avez fait l'effort de regarder le contrat comme une décision administrative, au sens et pour l'application de l'article L. 521-1 du code de justice administrative. Enfin, élément tout à fait déterminant pour l'équilibre du système, à partir de la conclusion du contrat, le concurrent évincé « *n'est plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables* ».

Peu après l'intervention de votre décision, la directive « recours » n° 2 a été adoptée. Transposée par l'ordonnance du 7 mai 2009, elle a donné naissance au référé contractuel, lequel, comme vous le savez, ne constitue qu'en apparence le pendant du référé précontractuel. Eu égard aux conditions de recevabilité et aux manquements susceptibles d'être invoqués devant ce juge, le référé contractuel est une voie fort étroite, dont l'objet principal est de sanctionner les collectivités qui soit n'ont prévu aucune forme de publicité, soit ont fait obstacle à une saisine utile du juge du référé précontractuel. Autant dire qu'elle n'est couronnée de succès, généralement, que dans des cas pathologiques.

* * *

Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, l'état du droit peut-il, aujourd'hui, être regardé comme satisfaisant ?

Les tiers à un contrat administratif se trouvent répartis, nous l'avons vu, en deux grandes catégories, si l'on met à part ce tiers très particulier qu'est le préfet. Précisons que le

régime du déféré préfectoral a été modifié par votre décision Ministre de l'intérieur du 23 décembre 2011 (p. 662) : vous l'avez transmué en recours de pleine juridiction, calé sur le recours en contestation de la validité du contrat.

La première catégorie regroupe les concurrents évincés. Ceux-ci peuvent, avant la signature du contrat, former un référé précontractuel, et obtenir l'annulation de tout ou partie de la procédure. La jurisprudence Tropic Travaux leur ouvre un accès direct au juge du contrat. Un privilège en appelant un autre, ils peuvent, sous certaines conditions, engager un référé contractuel. Ils sont en outre, en pratique, les seuls qui peuvent emprunter avec succès la voie du contentieux indemnitaire, si la procédure suivie a été irrégulière. Rappelons, sur ce point, que seul le candidat dépourvu de toute chance d'obtenir le contrat va être débouté ; celui qui aurait eu une chance d'être attributaire, si l'illégalité n'avait pas été commise, sera remboursé des dépenses qu'il a exposées ; enfin, le candidat qui avait une chance sérieuse aura droit à l'indemnisation de son manque à gagner (pour un rappel de ce triptyque, cf. CE, 18 juin 2003, Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe, T. p. 865)

Les autres tiers forment encore, aujourd'hui, la cohorte des usagers de seconde classe du contentieux contractuel. Ils n'ont guère de possibilité d'obtenir la suspension d'un acte détachable avant la signature du contrat. Pas de train express vers le juge du contrat, mais un parcours tortueux avec des correspondances obligatoires. Le mode d'emploi en a été successivement fixé par vos décisions Epoux L... du 7 octobre 1994 (n° 124244) et Institut de recherche pour le développement du 10 décembre 2003 (p. 501), puis, après l'intervention de la jurisprudence « Béziers I », par la décision Société Ophrys du 21 février 2011 (p. 54). Ils doivent d'abord obtenir l'annulation de l'acte détachable préalable à la passation du contrat et saisir, simultanément ou postérieurement, le juge de l'exécution ; il appartient ensuite à ce dernier, *« après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, d'enjoindre à la personne publique de résilier le contrat, le cas échéant avec un effet différé, soit, eu égard à une illégalité d'une particulière gravité, d'inviter les parties à résoudre leurs relations contractuelles ou, à défaut d'entente sur cette résolution, à saisir le juge du contrat afin qu'il en règle les modalités s'il estime que la résolution peut être une solution appropriée. »*

La création de voies de droit nouvelles n'a donc pas conduit à la disparition des cheminements antérieurs, même si ceux-ci ont été réaménagés.

Le contentieux contractuel avait déjà atteint, en 2007, un degré de sophistication inédit ; celui-ci s'est encore accru. Même si vous vous êtes attachés à rendre l'ensemble aussi cohérent que possible, décrire ses rouages aux observateurs extérieurs appelle des trésors de pédagogie¹. La superposition des recours appelle des commentaires réservés de la part de la doctrine, qui insiste sur le fait que la décision Tropic Travaux s'est arrêtée au milieu du gué².

¹ Le professeur Truchet le souligne dans une contribution aux récents Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer¹ : *« il suffit d'enseigner la matière pour constater que ce qui pouvait être expliqué en peu de*

On pourrait s'accommoder de cette complexité si elle était indispensable. Nous croyons, au contraire, qu'à défaut d'une simplification drastique (qui appellerait sans doute une réforme législative), il y a, au moins, matière à élaguer.

Le recours pour excès de pouvoir contre l'acte détachable du contrat a été conçu, on l'a vu, pour pallier l'inconvénient tenant à l'absence de toute possibilité ouverte au tiers de contester le contrat lui-même ; et il l'a été à une époque où il n'était pas choquant que l'effet d'une annulation puisse se réduire à une sanction morale.

Avec la décision *Tropic Travaux*, vous avez abjuré le dogme selon lequel le juge du contrat ne peut être saisi que par les parties. Et nous ne formulerons pas un propos révolutionnaire en relevant que l'esprit du temps – comme celui de votre jurisprudence contemporaine – répugne à admettre qu'une décision juridictionnelle puisse être dépourvue de toute conséquence.

Or, la combinaison des jurisprudences *Martin et Epoux L...* (n° 124244) ne garantit aucunement au tiers que l'annulation de l'acte détachable aura, in fine, une incidence sur le sort du contrat. Par elle-même, elle continue de n'en avoir aucune. Il faut que le requérant saisisse le juge de l'exécution ; encore celui-ci peut-il estimer que l'illégalité qui a conduit à l'annulation, en raison de sa portée, doit être sans effet sur la poursuite de l'exécution du contrat. Le succès emporté lors de la première étape est alors sans lendemain.

Si, au contraire, le juge de l'exécution considère que l'illégalité est susceptible d'affecter l'existence du contrat, il sera prisonnier de son office, qui n'est pas de prononcer lui-même des mesures correctives, mais d'enjoindre à la collectivité de les prendre. Si une régularisation est possible, il invitera à y procéder ; votre jurisprudence récente montre d'ailleurs tout l'intérêt qui peut s'attacher à cette possibilité originale de purger rétroactivement une illégalité (cf. en particulier CE, 8 juin 2011, *Commune de Divonne-les-Bains*, p. 278 ; CE, 28 janvier 2013, *Syndicat mixte Flandre Morinie*, à mentionner aux tables). Si la régularisation est exclue (tel est le cas, a priori, des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence), le juge pourra enjoindre à la personne publique de résilier le contrat, à la condition que l'illégalité n'implique pas sa disparition rétroactive. Vous avez ainsi admis, s'agissant d'une délégation de service public, qu'un vice ayant affecté gravement la régularité de la mise en concurrence et la légalité du choix du délégataire ne justifiait pas que soit recherchée une résolution des conventions, dès lors que l'illégalité ne mettait en cause ni le consentement de la personne publique ni le bien fondé de

temps, en exige bien davantage désormais.» (cf. « La reconstruction de l'office du juge du contrat administratif : comment et jusqu'où ? », pp. 715 et s.

² Cf. en ce sens, parmi beaucoup d'autres : D. Pouyaud, « Un nouveau recours contentieux : le recours en contestation de la validité du contrat à la demande du concurrent évincé », RFDA 2007.923 ; F. Melleray, « Vers un nouveau contentieux de la commande publique », RDP 2007.1383 ; M. Ubaud-Bergeron, « Ouverture aux concurrents évincés de la conclusion d'un contrat d'un recours contre ce contrat », JCP 2007, II10156 ; Ph. Terneyre, « Le droit du contentieux des contrats administratifs a-t-il enfin atteint sa maturité ? », Rapport public du Conseil d'Etat 2008, p. 383 ; R. Noguellou, « L'arrêt Société Tropic Travaux Signalisation et la notion de tiers au contrat », Revue des contrats 2008.610 ; F. Brenet, « Le recours pour excès de pouvoir et le contrat », JCP Adm., 2012, 2313.

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.

la délégation, « *et en l'absence de toutes circonstances particulières révélant notamment une volonté de la personne publique de favoriser un candidat* » (CE, 10 décembre 2012, Société Lyonnaise des eaux France, T.). A contrario, si la résolution s'impose, le juge ne pourra pas enjoindre à l'administration d'y procéder, puisque si celle-ci peut unilatéralement résilier un contrat, pour l'avenir, elle ne peut le faire disparaître rétroactivement de l'ordonnancement juridique ; d'où la nécessité alors, en l'absence d'accord des parties sur une résolution, de l'intervention d'un troisième juge, le juge du contrat, qui sera saisi par la collectivité, elle-même contrainte et forcée par le juge de l'exécution...

Contrairement aux apparences, ce parcours d'obstacles imposé aux tiers « lambda » n'est pas, ou en tout cas peut ne pas être, protecteur des intérêts de la personne publique contractante.

En effet, il présente le risque structurel de retarder le moment où le contentieux sera purgé. Certes, tel ne sera pas toujours le cas : dans l'hypothèse où des conclusions aux fins d'annulation et d'injonction sont présentées simultanément, et où le juge rejette les secondes, il n'y a pas d'allongement des délais par rapport à une saisine directe du juge du contrat. En revanche, si le juge de l'exécution enjoint de saisir le juge du contrat, une nouvelle phase contentieuse s'engage. Surtout, le requérant qui aurait une stratégie contentieuse consistant à faire planer le plus longtemps possible une incertitude sur le sort du contrat peut décider de saisir d'abord le juge de l'annulation (le cas échéant sans délai si l'acte détachable n'a pas fait l'objet de mesures de publicité suffisante), puis, dans un second temps seulement, le juge de l'injonction. Et il peut aussi choisir de s'en abstenir, faisant ainsi peser une menace permanente sur le contrat. Les dispositions de l'article L. 911-4 du code de justice administrative, aux termes desquelles « *en cas d'inexécution d'un jugement ou d'un arrêt, la partie intéressée peut demander au tribunal administratif ou à la cour administrative d'appel qui a rendu la décision d'en assurer l'exécution* », n'enserrent pas dans un délai maximal l'exercice de cette faculté. Ajoutons que cette notion de partie intéressée inclut non seulement les parties à l'instance initiale, mais aussi les personnes directement concernées (CE, Section, 13 novembre 1987, Mmes T... et M..., n° 75473, p. 360). La demande d'injonction peut donc, le cas échéant, être formée par une autre personne que celle qui a obtenu l'annulation. Vous avez jugé, il est vrai, dans l'affaire de 1987, que la seule qualité de contribuable d'une collectivité ne fait pas de celui qui s'en prévaut une personne « *directement concernée* » par l'exécution d'une décision juridictionnelle annulant une délibération qui avait accordé des prêts. Mais la solution pourrait être différente pour un élu ou une association.

Des contrats administratifs en cours d'exécution, dont la décision de signature a fait l'objet d'une annulation, demeurent ainsi sous la menace que le tiers auteur du premier recours, voire un autre, prenne, à tout moment, l'initiative de saisir le juge de l'exécution.

A contrario, le concurrent évincé, depuis Tropic Travaux, ne peut exercer son recours en contestation de la validité du contrat que dans un délai de deux mois, si la collectivité a mis en œuvre une publicité suffisante.

Si, parmi les tiers, seul le concurrent évincé pouvait obtenir du juge qu'il prenne des décisions affectant la vie du contrat, si la jurisprudence Martin, pour les autres, ne débouchait que sur des annulations sans effet, la question se poserait différemment. Mais, à partir du

moment où ces tiers, via le juge de l'exécution, peuvent, in fine, contraindre la collectivité à tirer les conséquences de l'annulation de l'acte détachable, se trouve étirée dans le temps une période d'incertitude, au seul profit, en réalité, de ceux qui ont intérêt à ce qu'elle s'achève le plus tard possible. S'agissant d'opérations de grande ampleur, qui mobilisent des financements importants, l'allergie des investisseurs au risque juridique peut être une source de retard, voire de renonciation. Cette problématique a conduit à ménager des règles contentieuses particulières pour le contentieux de l'urbanisme (cf. en dernier lieu l'ordonnance n° 2013-638 du 18 juillet 2013). Ici, la solution ne réside pas dans des textes dérogatoires, mais dans une réflexion sur les voies de recours susceptibles d'être mobilisées, à partir d'un constat simple : pourquoi interdire au juge du contrat de régler immédiatement un litige qui, aujourd'hui, doit l'être par deux ou trois juges successifs, alors que la décision, in fine, sera la même, sous réserve des effets de l'écoulement du temps ? Redisons-le, car cet élément est décisif, le contrat n'est pas davantage protégé, sur le fond, par la jurisprudence Martin/Epoux L... qu'il ne l'est par la jurisprudence Tropic Travaux. Les mêmes illégalités sont passibles, ou non, des mêmes sanctions. Même si la terminologie diffère, la logique de la décision Société Ophrys est la même que celle de votre décision d'assemblée de 2007 : dans les deux cas, il appartient au juge de prendre en compte aussi bien la nature de l'illégalité commise que l'intérêt général qui peut s'attacher au maintien du contrat. Le glaive est identique ; mais, dans le cadre du recours contre l'acte détachable, il doit passer de main en main avant, éventuellement, de retomber... Il est vrai que, dans cette dernière hypothèse, la sanction a plus de chance d'être prononcée à une date où le contrat aura été entièrement exécuté. Il est toutefois difficile de justifier le maintien de cette voie de droit détournée au seul motif qu'elle peut se révéler en certains cas sans portée utile ! D'ailleurs, en principe, les parties doivent tirer toutes les conséquences de l'annulation rétroactive d'un contrat, même si son exécution est achevée.

* * *

Quelles sont les solutions possibles ?

Le statu quo serait justifiable de deux façons. Vous pourriez estimer qu'il est temps de ménager une pause dans ce maelström qu'est devenu le droit des contrats, d'autant que la décision Tropic Travaux n'a pas encore atteint l'ancienneté habituellement requise pour que puissent être à nouveau débattues des solutions adoptées par la plus solennelle de vos formations de jugement. Vous pourriez aussi juger préférable que soit mise en chantier une refonte de grande ampleur, incluant les référés précontractuel et contractuel, ce qui impliquerait des dispositions législatives. Aucun de ces deux motifs n'emporte notre conviction. Il ne s'agit pas, dans notre esprit, de renoncer à la solution de 2007, mais, au contraire, d'aller au terme de sa logique. Quant au grand soir du contentieux contractuel, à supposer une telle perspective souhaitable, nous ne sommes pas convaincu qu'il soit pour demain, d'autant que le droit national est ici surplombé par le droit européen.

Nous ne voyons guère que puisse être restitué au recours des tiers autres que les concurrents évincés le caractère platonique qui était le sien avant que la jurisprudence Epoux L... ne vienne se greffer sur la jurisprudence Martin. Certes, la décision Tropic Travaux a marqué une distinction entre les concurrents évincés et les autres tiers, allant d'ailleurs, sur ce point, en-deçà de ce que proposait, en concluant sur cette affaire, notre collègue Didier

Casas ; celui-ci vous avait invités à appliquer le même régime à tous les tiers justifiant de droits patrimoniaux lésés. Il est certain que le concurrent évincé n'est pas un tiers comme les autres : ce n'est pas l'exécution du contrat qui le lèse, c'est le fait de ne pas avoir été choisi comme cocontractant par la personne publique. Pour autant, vous avez admis, et à juste titre selon nous, que d'autres tiers avaient intérêt à agir contre l'acte détachable et que l'annulation, à leur initiative, de cet acte détachable puisse rejaillir sur le sort du contrat ; la porte qui leur a été ouverte ne peut plus leur être refermée. Du moins ne voyons-nous pas ce qui pourrait justifier un retour en arrière, qui déplacerait de façon sensible l'actuel équilibre entre stabilité des relations contractuelles et droit au juge.

Comment, alors, conserver cet équilibre, tout en réduisant la durée de la période d'insécurité juridique, pour les parties, qui s'attache à l'existence des voies de recours ? La réponse, dans son principe, est assez simple : il s'agit 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 (réserve faite du recours pour excès de pouvoir contre les éventuelles clauses réglementaires, lesquelles continueraient de ne pouvoir être contestées que dans le cadre fixé par la jurisprudence C..., Assemblée, 10 juillet 1996, n° 138536, p. 274).

Simple à énoncer, le principe d'un tel transfert suppose, toutefois, qu'un certain nombre de conditions soient remplies.

Deux d'entre elles sont, selon nous, impératives.

En premier lieu, l'évolution jurisprudentielle que nous envisageons ne sera une source de simplification que si elle signe la mort de l'acte détachable du contrat administratif, et donc l'abandon de la vénérable jurisprudence Martin. Si l'on maintient, au profit de certains tiers, la possibilité de contester par la voie du recours pour excès de pouvoir un acte détachable et de présenter des conclusions aux fins d'injonction, l'objectif le plus important aura été manqué : il y aura encore, comme aujourd'hui, deux voies de recours, l'une rapide, l'autre sinieuse, et l'existence de celle-ci pourra continuer de fragiliser indéfiniment le contrat.

Sans doute convient-il, à ce stade, de circonscrire un peu plus précisément cette notion d'acte détachable préalable à la signature du contrat, telle que nous l'entendons ici. Sont en cause les actes préparatoires à la conclusion d'un contrat déterminé, actes que la jurisprudence a reconnus jusqu'ici comme détachables dans une démarche finaliste, afin de les rendre justiciables du recours pour excès de pouvoir, mais qui n'ont pas d'autre portée que de permettre la formation du lien contractuel.

Il s'agit, on l'a vu, de la décision de signer et, lorsqu'elle est requise, s'agissant des collectivités territoriales ou des établissements publics, de la délibération autorisant la signature. Il s'agit aussi des diverses décisions susceptibles d'intervenir dans le cadre des procédures de passation des contrats relevant de la commande publique (notamment les décisions de rejet d'une candidature ou d'une offre). Ces décisions se placent en amont de la décision de signer le contrat, puisqu'elles ont précisément pour objet de sélectionner l'attributaire. Mais la sélection du futur cocontractant a bien pour objet exclusif de préparer la passation du contrat.

En revanche, la notion d'acte préparatoire ne peut pas attirer des décisions administratives qui ont précédé la conclusion d'un contrat, mais qui n'ont pas eu cette seule fin. Ainsi, la loi « Sapin » du 29 janvier 1993 a-t-elle prévu, pour les collectivités territoriales, que l'assemblée délibérante doit se prononcer sur le principe de toute délégation de service public local, après avoir recueilli l'avis de la commission consultative des services publics locaux (cf. l'article L. 1411-4 du code général des collectivités territoriales). Cette délibération de principe peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (CE, 24 novembre 2010, Association « Fédération d'action régionale pour l'environnement, T.). Vous avez jugé qu' « à l'appui d'un tel recours peuvent être utilement invoqués des moyens relatifs aux vices propres dont cette décision serait entachée ou à la légalité du principe du recours à un délégataire pour la gestion du service », mais que « sont, en revanche, inopérants des moyens relatifs aux caractéristiques et aux modalités de mise en œuvre ultérieure de la délégation ou des prestations que cette délibération n'a pas pour objet d'arrêter définitivement » (CE, 4 juillet 2012, Association « Fédération d'action régionale pour l'environnement », T.). Une telle délibération ne constitue donc pas un acte préparatoire dont le contentieux pourrait basculer sur celui du contrat. La question qui se pose, et qui continuera de se poser à l'avenir, est celle de l'incidence de l'annulation de la délibération de principe sur le sort du contrat. Plus généralement, en ce qui concerne les actes qui ne peuvent être regardés comme préparatoires, mais dont l'illégalité est susceptible de rejaillir sur le sort du contrat, et pour lesquels la voie du recours pour excès de pouvoir demeurerait ouverte, leur annulation peut-elle impliquer que le juge de l'exécution enjoigne à la collectivité d'en tirer les conséquences sur le sort du contrat ? Prenons comme exemple l'annulation par le juge de l'excès de pouvoir de la délibération approuvant une opération d'aménagement, au motif qu'elle méconnaît les dispositions législatives sur la protection du littoral. Dans le cadre d'un recours en contestation de la validité du contrat formé par l'une des parties, le juge serait en principe conduit à l'annuler, compte tenu de son illicéité (cf. en ce sens CE, 10 juillet 2013, Commune de Vias, T.). On pourrait concevoir, dans le droit actuel, que soit recevable une demande d'injonction tendant à ce que les conséquences de l'annulation de la délibération soient tirées sur le sort du contrat, au moins si elle était présentée par une personne ayant intérêt à demander l'annulation de la décision de signer le contrat. Dans le droit futur, en revanche, à partir du moment où le tiers intéressé aurait accès au juge du contrat, la demande d'injonction devrait être irrecevable. En effet, de deux choses l'une : soit le requérant n'aurait pas intérêt à contester le contrat, et on ne voit pas pourquoi il pourrait utilement saisir le juge de l'exécution, soit il y aurait intérêt, et alors il pourrait et devrait le faire dans le délai de contestation du contrat. Autrement dit, il nous semble que, s'agissant des actes qui ne sont pas directement dans le périmètre contractuel, leur illégalité ne pourra être invoquée, le cas échéant, que dans le cadre du recours formé contre le contrat lui-même.

Un mot doit être dit également d'une autre catégorie de décisions, que la jurisprudence regarde comme détachables du contrat, mais qui ne concourent pas à sa formation. Nous voulons parler des décisions d'approbation, qui concernent certains contrats de l'Etat, et qui peuvent revêtir la forme d'arrêtés ministériels, de décrets, et en certain cas de décrets en Conseil d'Etat. Nous ne voyons pas d'inconvénient à ce qu'ils puissent continuer de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, dans la mesure où seraient contestés leurs vices propres : l'annulation n'aurait pour effet que de paralyser provisoirement les effets du contrat.

En revanche, la logique devrait conduire à déporter ce contentieux vers le contrat lui-même dès lors que seraient en cause son contenu et/ou les conditions de son adoption.

En définitive, le recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables ne subsisterait que dans deux hypothèses. La première correspond au cas des contrats de droit privé, du moins de ceux qui sont précédés d'une décision relevant de la compétence du juge administratif. Celui-ci ne pourrait en effet opposer à la contestation d'une telle décision une exception de recours parallèle devant le juge du contrat, puisque ce juge est le juge judiciaire. La jurisprudence *Epoux Lopez*, née dans une telle configuration, serait maintenue dans cette mesure, sous réserve de la nouvelle répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction issue de la décision du Tribunal des conflits « *SARL Brasserie du théâtre* » du 22 octobre 2010 (p. 590). Il reviendrait au juge judiciaire de tirer les conséquences éventuelles d'une annulation par le juge administratif. L'autre hypothèse concerne le recours du préfet, puisque la loi le prévoit.

Vous pourriez toutefois conserver une hésitation sur la façon de gérer la période transitoire qui peut s'écouler entre l'intervention des actes préparatoires et la conclusion du contrat : n'est-il pas opportun de maintenir un recours contre l'acte détachable tant que le contrat n'est pas signé ? C'est le parti que vous avez retenu par votre décision *Tropic Travaux* : ce n'est qu'à partir de la conclusion du contrat que le concurrent évincé n'est plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables. Dans le cas où un tel recours a été introduit, même si la décision ne le précise pas, le juge doit prononcer un non-lieu une fois le contrat conclu.

Un tel schéma pouvait déjà, en 2007, prêter à interrogation. Nous doutons qu'il demeure pertinent dans le nouveau système. Les tiers, dans la plupart des hypothèses, ne tirent leur intérêt à agir contre l'acte détachable que du contenu du contrat lui-même, si l'on excepte le préfet et les membres de l'organe délibérant. Mais, même pour ces derniers, les atteintes à leurs prérogatives, qui peuvent naître par exemple du non-respect des prescriptions légales relatives à la procédure d'élaboration des délibérations, ne produisent leurs effets qu'au moment où le contrat est signé. Si l'on admet que la délibération d'un conseil municipal autorisant la signature d'un contrat est assimilable à un acte préparatoire à la conclusion de celui-ci, doit jouer logiquement la jurisprudence issue de votre décision d'assemblée du 15 avril 2006, *Syndicat CGT des hospitaliers de Bédarieux* (p. 130) : les délibérations à caractère préparatoire des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, même à raison des vices propres dont elles seraient entachées ; seul le préfet échappe à l'irrecevabilité des recours contre les actes préparatoires.

La solution inverse se justifierait si le maintien d'une voie d'accès au juge, même provisoire, offrait en la matière une garantie réelle. Tel n'est pas le cas. S'agissant des contrats de la commande publique et des manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence, un instrument beaucoup plus efficace est à la disposition des candidats : le référé précontractuel. Rappelons que la saisine du juge suspend de plein droit la signature du contrat. En revanche, lorsqu'est en cause la délibération qui autorise la signature d'un contrat, non seulement un recours pour excès de pouvoir n'a aucune chance de prospérer avant la signature, laquelle intervient généralement dans de brefs délais, mais il en va de même, en

pratique, du référé suspension dont il peut théoriquement être assorti. Seul le préfet est mieux outillé, puisqu'aux termes de l'article L. 2131-6 du code général des collectivités territoriales, « *la demande de suspension en matière d'urbanisme, de marchés et de délégation de service public formulée par le représentant de l'Etat dans les dix jours à compter de la réception de l'acte entraîne la suspension de celui-ci* ».

Réserve faite du cas du préfet, nous ne voyons donc pas l'intérêt qui s'attacherait au maintien provisoire d'un recours pour excès de pouvoir contre l'acte détachable, qui ouvrirait aux requérants une fausse fenêtre, dès lors que la conclusion du contrat y ferait systématiquement échec.

Pour les contrats administratifs, c'est donc bien à un transfert intégral et immédiat du recours pour excès de pouvoir contre l'acte détachable vers le recours en contestation de la validité du contrat que nous vous proposons de procéder, à l'exception du déféré préfectoral. S'agissant de ce dernier, si le préfet tire de la loi la possibilité de demander au juge administratif l'annulation des délibérations des collectivités territoriales, il ne s'ensuit pas que ce recours devrait échapper au prononcé d'un non-lieu à compter de la date de conclusion du contrat.

Ultime précision sur ce point : le recours en contestation de la validité du contrat étant un recours de pleine juridiction, sa substitution au recours pour excès de pouvoir conduit à s'interroger sur la question du ministère d'avocat. L'article R. 431-2 du code de justice administrative impose le recours à un avocat lorsque les conclusions tendent « *à la solution d'un litige né d'un contrat*. » Certains juges du fond ont estimé que cette rédaction visait les litiges entre les parties, mais excluait les recours tendant à l'annulation d'un contrat (cf. en ce sens un jugement du tribunal administratif de Bastia du 3 février 2011, Sté BET INGB, n° 10244). En tout état de cause, devant les tribunaux administratifs, le ministère d'avocat n'est pas obligatoire lorsque le défendeur est une collectivité territoriale ou un établissement public en relevant (cf. l'article R. 431-3). Il vous appartiendra de lever l'ambiguïté éventuelle et, si vous deviez interpréter l'article R. 431-2 comme incluant le recours en contestation de la validité du contrat, le pouvoir réglementaire pourra, s'il le souhaite, modifier le texte.

* * *

La seconde condition à remplir pour qu'au contentieux de l'excès de pouvoir contre l'acte détachable puisse être substitué, de façon générale, un recours en contestation de la validité du contrat est d'une autre nature : elle tient à la nécessité d'éviter le risque de déni de justice que s'est attachée à prévenir la jurisprudence Martin, tout en n'ouvrant le prétoire du juge du contrat que dans une mesure utile et nécessaire...

A l'heure actuelle, le recours contre l'acte détachable peut être exercé par des tiers relevant des catégories les plus variées : membres de l'organe délibérant, contribuables locaux, associations, groupements professionnels, usagers des services publics, parfois simples particuliers (ainsi, s'agissant de concessions d'aménagement, vous avez déjà admis l'intérêt à agir d'un voisin de la zone concerné : CE, 18 novembre 2011, SNC Eiffage aménagement, aux T. sur un autre point). C'est probablement en ce qui concerne les associations et groupements que votre jurisprudence sur l'intérêt à agir est la plus nuancée.

Vous appliquez parfois avec rigueur le principe selon lequel cet intérêt doit être dénié lorsqu'il n'existe pas de lien direct entre la décision attaquée et l'intérêt invoqué, car s'interposent entre la signature du contrat et la réalisation de l'opération une ou des décisions administratives (cf., à propos d'un contrat de plan, CE, 25 octobre 1996, Association Estuaire-Ecologie, p. 415 ; dans le même esprit, sur l'irrecevabilité du recours d'une association de protection de l'environnement contre la délibération autorisant la signature d'un contrat de concession portant sur la construction et l'exploitation d'un casino et d'un hôtel, CE, 17 décembre 2008, Société d'exploitation du casino de Fouras et Commune de Fouras, T.). Mais si le contrat porte sur un projet qui, en tant que tel, est susceptible d'affecter les intérêts des tiers, la recevabilité est aisément admise (cf. en particulier votre abondante jurisprudence sur les concessions autoroutières ; par exemple, CE, Assemblée, 20 février 1998, Ville de Vaucresson et autres, p. 54).

Au nombre des obstacles qui se sont longtemps dressés devant toute évolution jurisprudentielle relative au recours des tiers figurait, et figure encore, une lancinante question : comment calibrer la recevabilité du recours du tiers dirigé contre le contrat ? Avant votre décision Tropic Travaux, ceux de nos prédécesseurs qui envisageaient la possibilité de le rattacher au recours pour l'excès de pouvoir admettaient que le filtre de l'intérêt à agir devrait sans doute être resserré (cf. les conclusions du président Stahl sur la décision Commune de Lisieux). Dès lors qu'il prônait un recours de pleine juridiction, notre collègue Didier Casas raisonnait en 2007, fort classiquement, à partir de la notion de droit lésé. Nous ne reprendrons pas, malgré son orthodoxie, cette dernière proposition, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, une telle approche reviendrait à exclure de l'accès au juge du contrat des catégories entières de requérants qui, actuellement, peuvent former un recours pour excès de pouvoir contre l'acte détachable et qui peuvent se prévaloir d'un intérêt, non de la lésion d'un droit au sens habituel de ce terme. Si tel devait être le cas, l'alternative serait donc soit de les priver de tout recours, soit de maintenir à leur profit la voie du recours contre l'acte détachable. Surtout, nous estimons que les particularités du droit des contrats justifient que l'on s'abstraie de catégories juridiques trop rigides. Le contrat administratif, comme tous les contrats, a pour objet de définir les obligations des parties. Mais on ne peut s'en tenir à la théorie de l'effet relatif, même tempérée par la possible présence de clauses réglementaires, voire de stipulations pour autrui. Le contrat administratif peut être également l'instrument d'une politique publique dont il organise la mise en œuvre, l'expression de décisions dont, à un stade ultérieur, il ne sera plus possible de contester que l'application, non le principe lui-même. Le contrat administratif est aussi, bien souvent, en particulier dans le domaine de la commande publique, le support de choix qui affectent les finances publiques. Enfin, le contrat est soumis, comme tout acte administratif, fût-il bilatéral, au respect du principe de légalité. La notion d'intérêt à agir nous paraît répondre utilement à la diversité des hypothèses possibles. Sa plasticité vous permettra d'ajuster au mieux le filtre de la recevabilité.

L'extension du recours en contestation de la validité du contrat suppose donc la renonciation à la jurisprudence Martin, mais non que soient laissées au bord de la route des catégories entières de requérants qui pouvaient l'invoquer. Simplement, devront être écartées certaines solutions excessivement libérales qui ne se justifiaient, à l'origine, que par l'absence de toute conséquence des annulations prononcées. S'agissant des associations, devra ainsi être vérifiée avec une vigilance accrue l'atteinte directe aux intérêts qu'elles entendent défendre. Au demeurant, certaines de vos décisions récentes, alors même qu'elles portent sur des actes

détachables, donnent un mode d'emploi transposable à un recours contre le contrat. Prenons votre décision Société lyonnaise des eaux France du 11 mai 2011 (T.). Etait en cause la recevabilité du recours formé par une association de défense des consommateurs d'eau contre la délibération du comité d'un syndicat intercommunal autorisant la signature d'un protocole d'accord transactionnel pour régler les conséquences de la résolution d'un contrat d'affermage. Vous avez jugé « *que si des tiers peuvent poursuivre l'annulation des actes détachables d'un contrat, la recevabilité d'un tel recours est subordonné à la condition que les stipulations du contrat en cause soient de nature à les léser dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine* » ; tel n'était pas le cas en l'espèce, la transaction n'ayant eu pour effet « *ni d'affecter l'organisation ou le fonctionnement du service public de distribution de l'eau dont le syndicat (avait) la responsabilité, ni d'accroître les tarifs payés par les usagers.* »

Sans doute conviendra-t-il également de s'interroger sur le sort du contribuable. S'il nous paraît légitime qu'un tiers se prévalant de cette qualité puisse contester un contrat dont l'exécution est susceptible de peser de façon significative sur les finances locales, et donc sur les impôts qu'il sera amené à payer, nous ne sommes pas convaincu, à l'inverse que tout euro dépensé dans un cadre contractuel lui ouvre un intérêt à agir. Il est évidemment exclu de fixer à l'avance, par la voie prétorienne, des règles précises, mais votre décision devra faire apparaître l'exigence d'une lésion suffisante.

Pour le concurrent évincé, on peut même se demander si un retour en arrière ne serait pas envisageable : à partir du moment où il a pu exercer un référé précontractuel ou un référé contractuel, est-il opportun de lui ménager une troisième chance de succès contentieux ? Il faut toutefois être conscient que la voie du référé précontractuel n'est pleinement ouverte que pour les marchés supérieurs aux seuils européens (avec l'obligation d'informer les candidats non retenus et de respecter un délai avant la signature). En ce qui concerne les autres contrats de la commande publique, rien n'interdit à la collectivité de les signer dès que l'attributaire a été désigné ; par la suite, le seul manquement invocable devant le juge du référé contractuel est l'absence totale de publicité. Une restriction de l'accès au juge du contrat n'aurait donc de pertinence que pour les marchés passés selon une procédure formalisée. Partielle, elle introduirait une complexité supplémentaire dans un univers dont la simplicité n'est pas la vertu première...

Reste une dernière question de principe : les tiers auxquels vous reconnaissez un intérêt à agir contre le contrat pourront-ils invoquer tout moyen à l'appui de leur recours ? Nous avons bien conscience que poser une telle question peut paraître, au moins en première analyse, presque blasphématoire, tant semble ancrée dans votre jurisprudence l'idée selon laquelle l'intérêt à agir s'apprécie au regard des conclusions de la demande, et non des moyens (CE, 15 mars 1957, Israël, p. 174 ; CE, Assemblée, 22 juin 1963, A..., n° 51115, p. 385 ; CE, Assemblée, 6 juillet 1973, M... et V..., n° 79752, p. 481). En nous inspirant des conclusions du président Toutée sur votre décision de section Epoux D... du 19 avril 1991 (n° 78275, p. 148), relatives à une autre pierre angulaire du droit administratif³, on serait à peine étonné de trouver l'expression d'une telle règle dans le code d'Hammourabi... Sa portée nous paraît cependant surestimée. Elle trouve sa pleine justification dans le contentieux de l'excès

³ Le principe selon lequel l'ouvrage public mal planté ne se détruit pas, bien érodé depuis...

de pouvoir, contentieux objectif de la légalité. D'ailleurs, même dans ce champ, elle a connu, par le passé, et connaît encore, des exceptions. Ainsi, s'agissant des recours des membres des organismes collégiaux, vous avez longtemps considéré, depuis la décision Bergeon et autres du 1^{er} mai 1903, que ceux-ci n'avaient intérêt à contester les délibérations prises par leurs assemblées que pour autant qu'il avait été porté atteinte à leurs prérogatives, avant de renoncer à cette restriction (cf. notamment la décision Ville de Meudon du 24 mai 1995, p. 208 et la décision de section Mmes P... et R... du 22 mars 1996, n° 151719, p. 99). Mais la jurisprudence Bergeon continue de produire ses effets lorsque le membre de l'organe délibérant conteste non pas une délibération, mais un acte de l'exécutif : dans l'une des deux décisions de section Ville de Lisieux du 30 octobre 1998, celle relative au recours formé par un conseiller municipal contre des contrats de recrutement, vous avez ainsi jugé que l'annulation des contrats pouvait être demandée par le requérant, « *qui invoquait sa qualité de conseiller municipal et soutenait que ces décisions avaient été prises en méconnaissance des compétences du conseil municipal.* »

Si le recours en contestation de la validité du contrat doit être ouvert aux tiers, c'est à la fois parce qu'un contrat administratif est susceptible de porter atteinte aux intérêts d'autres personnes que les cocontractants et parce qu'il est soumis au principe de légalité. Mais nous sommes en plein contentieux et tout tiers dont l'intérêt est affecté à un point tel que le prétoire doive lui être ouvert n'en devient pas, ipso facto, le garant du respect de ce principe.

Vous avez déjà admis, en ce qui concerne le référé précontractuel, que le requérant ne puisse invoquer utilement un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence que si ce manquement a été susceptible de le léser. Certes, en l'espèce, vous pouviez vous appuyer sur un texte (même si vous l'aviez interprété antérieurement en sens contraire...). Mais, même sans texte, compte tenu de ce qui justifie un accès du tiers au juge du contrat, nous ne voyons pas d'obstacle de principe à ce que vous recherchiez si l'illégalité dont celui-ci se prévaut est en relation avec l'intérêt invoqué.

A titre d'exemple, la réglementation de la commande publique a pour objet d'assurer le respect des principes généraux que sont la liberté d'accès, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures. Qu'un concurrent évincé puisse se prévaloir de sa méconnaissance, nul ne songerait à le contester. Mais pourquoi devrait-il en aller de même d'une association de protection de l'environnement, qui ne sera recevable à contester un contrat qu'en raison, par exemple, du choix du site prévu pour son exécution ? Ou encore, pourquoi permettre au candidat non retenu à la passation d'une délégation de service public de remettre en cause la légalité de celle-ci au regard de critères qui n'affectent en rien les modalités de désignation du délégataire ? Pour reprendre la formule du professeur Rozen Noguellou, dans un article publié à la Revue des contrats en 2008⁴, « *tous les vices susceptibles d'affecter le contrat intéressent-ils vraiment tous les tiers, requérants potentiels, et est-il justifié qu'ils puissent ainsi s'immiscer dans la relation contractuelle entre les parties ?* » Pour notre part, nous répondons par la négative.

Faut-il pour autant immoler le principe de légalité sur l'autel de la stabilité des relations contractuelles. Tel n'est pas notre propos. Il est parfaitement possible, ici, de puiser

⁴ Cf. note 2

son inspiration dans la jurisprudence « Béziers I », laquelle, dans le cadre d'un contentieux entre les parties, exclut que le juge puisse appliquer le contrat si son contenu est illicite ou si les conditions dans lesquelles a été donné le consentement de la personne publique sont entachées d'une grave irrégularité. Le juge devrait également pouvoir sanctionner de tels vices du contrat, dans le cadre d'un recours en contestation de sa validité, soit d'office, soit à la demande du tiers qui a formé ce recours, sans, dans ce dernier cas, que puisse lui être opposée la circonstance que le vice ne l'a pas lésé. Il n'y aurait pas grand sens à ce qu'un contrat inapplicable dans un contentieux contractuel puisse survivre au recours du tiers intéressé...

En outre, deux catégories de tiers pourraient se prévaloir de toute illégalité : le préfet et les membres des organes délibérants des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, compte tenu des intérêts dont ils sont les dépositaires. Précisons ici que l'élu local n'est pas recevable à contester, en tant que tel, tous les actes de la collectivité. Mais il a intérêt à contester toutes les délibérations par tout moyen (sauf les actes préparatoires). Il doit donc jouir de la même faculté à l'égard des contrats soumis à autorisation de l'organe délibérant, que cette autorisation soit donnée au coup par coup ou qu'une délégation ait été donnée à l'exécutif en début de mandature (rappelons que ceci ne concerne pas les contrats de recrutement d'agents publics, dont la passation est une prérogative de l'exécutif, dès lors que l'emploi a été créé par une délibération : l'élu doit justifier que ses prérogatives ont été méconnues et il s'agit d'un recours en excès de pouvoir).

En définitive, l'approche que nous vous proposons ne serait pas, mutatis mutandis, sans analogie avec le jeu des nullités absolues et des nullités relatives dans le droit civil des obligations. De plus, ce lien entre l'intérêt et les moyens, sous réserve des tempéraments que nous avons évoqués, n'aurait pas vocation à essaimer en dehors du contentieux contractuel.

Si vous nous suivez, le recours en contestation de la validité du contrat sera soumis à un double filtre, au stade de l'intérêt à agir et au stade de l'opérance des moyens ; et le juge continuera de disposer de la plus large palette d'instruments pour moduler la sanction (vous pourrez, sur ce point, affiner la rédaction de votre décision Tropic Travaux). Vous pourrez réaffirmer que l'annulation est la sanction ultime, qui n'a vocation à être prononcée, en réalité, que dans les hypothèses identiques à celles prévues par votre jurisprudence Commune de Béziers. Ainsi, la sanction « normale » des manquements graves aux obligations de publicité et de mise en concurrence devrait être la résiliation, non la disparition rétroactive du contrat. A ces conditions, l'accès des tiers au juge du contrat ne sera pas un facteur de déstabilisation, mais le gage d'une sécurité accrue.

Cette évolution de la jurisprudence soulève, bien sûr, les mêmes difficultés d'application dans le temps que celles rencontrées lors de votre décision « Tropic Travaux » ; mais vous avez fait le saut conceptuel en 2007 et vous êtes dorénavant en terrain connu. Il convient, à la fois, de protéger les contrats déjà conclus qui n'auraient pas fait l'objet de mesures de publicité adéquate et de ne pas priver de leur objet les recours pendants contre des actes détachables. Aussi ce nouveau mécanisme ne pourra-t-il jouer que pour les contrats conclus postérieurement à la lecture de votre décision.

Relevons, enfin, que celle-ci ne suffira pas à régler toutes les questions pendantes. D'autres chantiers se profilent. Nous en évoquerons deux.

Donner toute son efficacité au recours en contestation de la validité du contrat imposera, croyons-nous, de réfléchir aux conditions de mise en œuvre du référé suspension dont il peut être assorti, et notamment à la condition d'urgence. Cette condition, telle qu'elle est interprétée actuellement par les tribunaux et les cours, est rarement remplie ; peut-être conviendra-t-il d'imaginer, en certains cas, que puisse jouer une présomption : la suspension d'un contrat peut être préférable à son annulation en cours d'exécution, aussi bien pour les parties que pour l'intérêt général.

Par ailleurs, nous ne sommes pas certain que doive être maintenue la jurisprudence qui voit dans la décision de résilier un contrat, et surtout dans le refus de le résilier, des actes détachables susceptibles de faire l'objet de recours pour excès de pouvoir de la part de tiers⁵.

Mais à chaque jour suffit sa peine...

* * *

Venons-en au cas du département de Tarn-et-Garonne, qui a engagé, en 2006, la procédure de passation d'un marché à bons de commande ayant pour objet la location de véhicules de fonction pour les services du conseil général. La société Sotral, titulaire du précédent marché et seul candidat, a été déclarée attributaire. Le 20 novembre 2006, la commission permanente du conseil général a autorisé le président du conseil général à signer le marché avec cette société. M. François B..., conseiller général, a formé un recours pour excès de pouvoir contre cette délibération devant le tribunal administratif de Toulouse, assorti de conclusions aux fins d'injonction. Le tribunal a fait droit à sa demande au motif que le département avait omis de remplir, dans l'avis d'appel public à la concurrence, la rubrique relative aux voies de recours, et a enjoint au président du conseil général, s'il ne pouvait obtenir la résolution amiable du marché, de saisir le juge du contrat afin qu'il en prononce la résolution.

Par l'arrêt attaqué, la cour administrative d'appel de Bordeaux a confirmé le jugement et rejeté l'appel du département. Elle a considéré que l'irrégularité commise devait entraîner l'annulation de la délibération autorisant la signature du contrat, puis, en tant que juge de l'exécution, qu'un tel vice avait eu pour effet d'empêcher les candidats évincés de saisir utilement le juge du référé précontractuel et avait donc été susceptible d'exercer une influence sur la dévolution effective du marché. Vous êtes saisis d'un pourvoi du département.

L'obligation faite à M. B... de passer par un recours contre l'acte détachable n'a donc, on le voit, guère protégé le contrat lui-même...

Dans le cadre qui s'appliquait au litige, et que vous ne remettrez en cause que pour l'avenir, les juges du fond ont-ils correctement manié les critères que vous avez dégagés ?

⁵ Cf. respectivement CE, Assemblée, 2 février 1987, Société TV6, p. 28 et CE, Section, 24 avril 1964, SA de Livraisons industrielles et commerciales, p. 239.

Les règles de publicité afférentes à la passation des marchés publics dont le montant est supérieur aux seuils européens sont, vous le savez, précises et rigoureuses. La directive du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services mentionne, à son annexe VII, les informations que doivent comporter les avis d'appel public à la concurrence. Un formulaire standard a été adopté par la Commission, en application de cette directive, par un règlement du 7 septembre 2005⁶. L'article 40 du code des marchés publics y renvoie. Vous avez eu, jusqu'en 2008, de très nombreuses occasions d'en faire application dans le cadre de référés précontractuels. Puis la jurisprudence SMIRGEOMES est venue tarir le flux des irrégularités insusceptibles d'avoir lésé le candidat qui s'en prévalait. Parmi ces irrégularités, il en est une sur laquelle vous vous êtes penchés à plusieurs reprises dans les années 2007-2008, puis qui a disparu de l'écran du radar contentieux. Cette irrégularité consiste à ne pas avoir rempli, ou à avoir rempli de façon incomplète, la rubrique VI.4 du formulaire standard, laquelle comporte trois sous-rubriques relatives aux recours contentieux susceptibles d'être introduits⁷.

Dans la décision SMIRGEOMES du 3 octobre 2008, vous avez jugé – contrairement à nos conclusions – que le manquement consistant à ne pas avoir rempli avec suffisamment de précision ces cases de l'avis n'était pas insusceptible d'avoir lésé celui qui s'en prévalait. L'affirmation est un peu paradoxale : à partir du moment où un candidat saisit utilement le juge du référé précontractuel, on ne voit pas très bien comment l'absence d'informations sur cette voie de recours peut l'avoir effectivement lésé.

Ici, nous sommes en excès de pouvoir.

Dans la pureté des principes, un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence doit conduire à l'annulation de l'acte attaqué. Il n'appartient pas au juge de l'excès de pouvoir de s'interroger quant aux conséquences du manquement sur le sort du contrat : cet examen relève du juge de l'exécution. Le premier ne peut endosser l'habit du second et se refuser à prononcer l'annulation d'un acte détachable au seul motif que l'illégalité n'est pas d'une gravité telle qu'elle doive conduire à annuler le contrat. Ceci d'autant moins, d'ailleurs, que le juge de l'excès de pouvoir se prononce sur la légalité d'une décision à la date de son édicton, tandis que le juge de l'injonction, juge de plein contentieux, statue en prenant en considération les circonstances de fait et de droit à la date de sa décision.

Par ailleurs, vous n'êtes pas confrontés à l'hypothèse classique, dans laquelle l'absence de la mention des voies et délais de recours, lorsqu'elle est obligatoire, a simplement pour effet de ne pas déclencher le délai de recours contentieux. Ce n'est pas la légalité de l'acte qui n'a pas été assorti d'une telle mention qui est en cause ; c'est la légalité d'un acte ultérieur. On peut comprendre l'approche retenue par les juges du fond.

⁶ Un nouveau règlement en date du 16 septembre 2011 s'y est substitué.

⁷ La sous-rubrique VI.4.1 impose de mentionner les coordonnées de l'instance chargée des procédures de recours ; la sous-rubrique VI.4.2 s'intitule « *Précisions concernant le(s) délai(s) d'introduction des recours* » ; enfin, la sous-rubrique VI.4.3 a trait au « *Service auprès duquel des renseignements peuvent être obtenus concernant l'introduction des recours* ». Le texte permet de remplir alternativement les rubriques VI.4.2 et VI.4.3 ; mais si la rubrique VI.4.2 est remplie, elle doit l'être complètement (cf. CE, 8 février 2008, Département de l'Essonne, n° 300275).

L'irrégularité est susceptible, en théorie, d'avoir empêché un tiers de contester l'un des actes pris par la collectivité dans le cadre de la procédure de passation ; elle peut, en particulier, avoir empêché un candidat de former un référé précontractuel. Or ce recours contentieux qui n'a pas été engagé aurait pu conduire le juge saisi à annuler tout ou partie de la procédure, et donc à modifier le choix de l'attributaire. Vous avez d'ailleurs déjà retenu une approche un peu comparable par votre décision du 19 décembre 2007, Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable du Confolentais (T.). Dans cette affaire, où un concurrent évincé avait formé un recours pour excès de pouvoir contre la décision de signer le marché, vous avez confirmé l'arrêt de la cour administrative d'appel qui avait annulé cette décision au motif que n'avaient pas été respectées les dispositions du code des marchés publics imposant d'informer les candidats du rejet de leur offre et de prévoir un délai raisonnable entre cette information et la signature du marché. Il faut toutefois relever que le droit positif imposait le respect d'un délai, alors que dans la présente affaire n'est en cause que l'information sur l'existence d'une voie de recours.

Quoi qu'il en soit, est intervenue entre temps votre jurisprudence Danthony, issue de la décision d'assemblée du 23 décembre 2011 : *« un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable (...) n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie. »*

Ce raisonnement nous paraît applicable aux vices qui affectent la procédure administrative préalable à la décision de la collectivité arrêtant le choix du cocontractant et le contenu du contrat, et donc aux manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Faute d'avoir procédé à cette vérification, la cour a entaché son arrêt d'erreur de droit et encourt, pour ce motif, l'annulation. Il vous reviendra donc de vous prononcer sur ce point comme juge d'appel.

Une information insuffisante peut exercer une influence sur le sens de la décision prise, si elle empêche les personnes intéressées de faire valoir leur avis (cf. par exemple CE, 25 septembre 2013, Société carrière de Bayssan, à mentionner aux tables., à propos d'une enquête publique préalable à l'autorisation d'exploiter une installation classée). L'absence d'information peut même être regardée, en certains cas, comme la privation d'une garantie (cf. CE, 20 novembre 2013, Commune de Royère-de-Vassivière, n° 361986, aux tables également, à propos de l'obligation, lorsqu'une commune envisage de céder un chemin rural, d'informer les propriétaires riverains pour leur permettre de présenter une offre d'achat).

Mais, au cas présent, l'information porte simplement sur le rappel des possibilités de recours qu'offre le droit positif. Qu'une telle information puisse être utile, surtout aux candidats venant d'autres pays, nous n'en disconvenons pas ; mais nous peinons à y voir une véritable garantie, dès lors qu'elle est, par elle-même sans incidence directe sur le choix du cocontractant. On peut concevoir, malgré tout, que l'absence de la mention des voies et délais de recours puisse exercer, dans des circonstances très particulières, une influence sur le sens de la décision, par exemple dans l'hypothèse où il apparaîtrait que la procédure a été gravement irrégulière et qu'un candidat n'a pu, à temps, former un recours utile. Aucun

élément ne va ici en ce sens ; un seul candidat s'est d'ailleurs manifesté. Les incidences de l'irrégularité commise nous paraissent donc trop virtuelles pour déboucher sur l'annulation de l'acte détachable.

Vous censurerez ensuite le motif d'annulation retenu par le tribunal administratif.

Vous serez alors saisis, par l'effet dévolutif, des autres moyens soulevés par M. B....

Le moyen tiré de ce que les membres de la commission permanente du conseil général auraient bénéficié d'une information insuffisante quant aux caractéristiques essentielles du contrat dont ils allaient autoriser la signature manque en fait.

Il est soutenu que le département aurait recouru irrégulièrement à la procédure du marché à bons de commande. A l'époque, on ne pouvait passer un marché à bons de commande que « *lorsque, pour des raisons économiques, techniques ou financières, le rythme ou l'étendue des besoins à satisfaire ne (pouvaient) être entièrement arrêtés dans le marché* » (cf. l'article 71 du code de 2004). La collectivité expose les multiples raisons pour lesquelles, en 2006, elle n'était pas à même d'arrêter avec certitude l'étendue de ses besoins en matière de location de véhicules, notamment en raison des projets de réorganisation des services et de l'impact d'un plan « véhicules propres ». Ces explications nous paraissent satisfaisantes.

Le dernier moyen a trait au respect des obligations de publicité et de mise en concurrence. Aux termes de l'article 57 du code des marchés publics de 2004, « *le délai de réception des offres ne peut être inférieur à cinquante-deux jours à compter de la date d'envoi de l'appel public à la concurrence* ». Ces dispositions transposent la directive du 31 mars 2004, laquelle, s'agissant des délais, renvoie pour leur computation au règlement du Conseil du 3 juin 1971 portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes. Ce texte prévoit qu' « *un délai exprimé en jours commence à courir au début de la première heure du premier jour et prend fin à l'expiration de la dernière heure du dernier jour du délai.* » L'avis d'appel public à la concurrence a été envoyé le 26 juin 2006. Le délai a commencé à courir le 27 juin à 0 heure ; il devait s'achever le 17 août à minuit. Or la date limite de remise des offres a été fixée le 17 août à 17 heures...

A supposer qu'une irrégularité soit caractérisée, il est évident qu'elle a été insusceptible de modifier le choix de l'attributaire ou de priver quiconque d'une garantie. La date limite a été fixée, dès le départ, au 52^{ème} jour à 17 heures : nul n'a pu se laisser surprendre et aucun autre candidat ne s'est manifesté pour demander un report jusqu'à minuit ou pour se plaindre d'avoir été empêché de présenter une offre.

Vous rejetterez donc la demande, sans même qu'il soit besoin de statuer sur les fins de non-recevoir que soulève, à tort, le département s'agissant de l'intérêt à agir de M. B....

Si vous jugiez qu'il y a eu un manquement et que celui-ci doit conduire à annuler la délibération autorisant la signature du contrat, il va sans dire que vous devriez en l'espèce, en tant que juge de l'exécution, décider que le contrat lui-même n'en est pas affecté. Mais nous nous arrêtons en amont.

PCMNC à l'annulation de l'arrêt attaqué, à l'annulation du jugement du tribunal administratif de Toulouse, au rejet de la demande de M. B..., et au rejet des conclusions de M. B... et du Département de Tarn-et-Garonne tendant à l'application de l'article L. 761-1 du CJA.