

N°s 426932, 426933, 426938,

Département de la Loire-Atlantique

7ème et 2ème chambres réunies

Séance du 18 mai 2020

Lecture du 3 juin 2020 – B

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Les trois affaires qui viennent d'être appelées posent des questions identiques relatives aux conditions de recevabilité du recours en contestation de la validité du contrat et d'utilisation de cette formule contractuelle dérogatoire que constitue le marché de conception-réalisation.

Le département de la Loire-Atlantique a lancé en 2013 trois appels d'offres en vue de la passation d'autant de marchés de conception-réalisation pour la construction de trois collèges. Comme nous le verrons plus précisément, le choix du recours à ce dispositif contractuel était justifié par les caractéristiques des ouvrages qui devaient être extensibles, démontables et transférables en totalité ou en partie ainsi que par une « démarche de haute qualité environnementale » se traduisant par un objectif de performance supérieur de 10 % à la réglementation thermique (RT) 2012. Deux marchés ont été signés le 21 août 2014, après rejet de référés précontractuels formés par des candidats évincés. La signature du troisième n'a eu lieu qu'en mars 2015, le candidat évincé ayant dans un premier temps obtenu gain de cause, avant que vous annuliez l'ordonnance et rejetiez son référé (CE, 3 décembre 2014, *Département de la Loire-Atlantique*, n° 384180, aux T). Ce ne sont pas ces candidats évincés mais le conseil régional de l'Ordre des architectes des Pays de la Loire qui a saisi le TA de Nantes de conclusions en annulation ou à défaut en résiliation de ces trois marchés, en application de votre jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne*, et ce tableau contentieux illustre bien la répartition des différentes catégories de requérants entre les voies de droit qui leur sont offertes. Le tribunal a rejeté les recours mais la CAA de Nantes y a fait droit, au motif que les conditions de recours au marché de conception-réalisation n'étaient pas remplies.

Avant d'examiner les critiques formulées en termes identiques par le département de la Loire-Atlantique à l'encontre des motifs, également identiques, des arrêts de la cour, il vous faut répondre à la question de la recevabilité des recours formés par le conseil régional de l'ordre des architectes devant le tribunal car, même si elle n'a été posée ni devant ce dernier, ni devant la cour et qu'elle ne l'est pas davantage devant vous, elle est d'ordre public (CE, 21 octobre 1959, *Korsec*, p. 533).

Vous avez déjà admis à plusieurs reprises que l'ordre des architectes, s'il n'avait pas intérêt à former un référé précontractuel (CE, 16 décembre 1996, *Conseil régional de l'ordre des architectes*

de la Martinique, p. 493), avait intérêt à contester les actes d'attribution de marchés dans des conditions affectant les modalités d'exercice de la profession d'architecte : décision de confier la maîtrise d'oeuvre de travaux à un service technique en méconnaissance de l'obligation de recourir à un architecte (CE, 28 septembre 1984, *Conseil régional de l'ordre des architectes de Bourgogne*, p. 310), délibération décidant l'attribution d'un marché de conception-réalisation (CE, 28 décembre 2001, *Conseil régional de l'ordre des architectes d'Auvergne*, n° 221649, p. 682 sur ce point) et, encore récemment, délibération décidant l'attribution d'un marché de maîtrise d'oeuvre au terme d'une procédure n'ayant pas prévu l'allocation de primes pour les candidats non retenus, défaut dont vous avez jugé qu'elle "était de nature à limiter l'accès des architectes à ce marché et qu'elle était ainsi susceptible d'affecter les modalités d'exercice de cette profession" (CE, 17 mai 2017, *communauté de communes de Petite Camargue*, n° 396034).

Toutes ces décisions concernent l'appréciation de l'intérêt pour agir de tiers formant des recours pour excès de pouvoir à l'encontre d'actes détachables du contrat, dans le cadre contentieux antérieur à votre jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne* (Ass, 4 avril 2014, n° 358994, p. 70, ccl. B. Dacosta). Or, comme vous le savez bien, l'intérêt à contester la validité du contrat ne s'apprécie pas de la même manière que l'intérêt à demander l'annulation d'un acte unilatéral.

Si, dans le contentieux de la légalité, l'intérêt pour agir d'une personne morale est subordonné à une certaine adéquation entre les finalités de son activité et l'objet ou les effets de l'acte attaqué, cette exigence d'adéquation a toujours été appréciée de manière libérale, en raison de l'intérêt général supérieur de permettre le contrôle de la légalité de l'action administrative que réalise tout recours pour excès de pouvoir.

C'est au regard de cette exigence d'adéquation ainsi conçue que vous avez apprécié l'intérêt pour agir de l'ordre des architectes à l'encontre des actes relatifs à la passation de certains marchés. Les intérêts qu'il peut défendre en justice sont décrits à l'article 26 de la loi du 3 janvier 1977 sur l'architecture: « *Le conseil national et le conseil régional de l'ordre des architectes concourent à la représentation de la profession auprès des pouvoirs publics./ Ils ont qualité pour agir en justice en vue notamment de la protection du titre d'architecte et du respect des droits conférés et des obligations imposées aux architectes par les lois et règlements. En particulier, ils ont qualité pour agir sur toute question relative aux modalités d'exercice de la profession ainsi que pour assurer le respect de l'obligation de recourir à un architecte./(...)* ». La dernière phrase a été ajoutée par la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit. Elle renforce les solutions que nous avons citées qui, à l'exception de la plus récente, sont antérieures et qui sont donc fondées sur l'idée que certains marchés sont susceptibles de porter atteinte aux droits conférés aux architectes. Tel est le cas d'un marché relatif à une prestation d'architecture confié à une personne qui n'a pas cette qualité (décision *Conseil régional de l'ordre des architectes de Bourgogne*, précitée). Les marchés de conception-réalisation leur portent une atteinte moins radicale mais, comme l'expliquait le président Piveteau dans ses conclusions sur l'affaire *Conseil régional de l'ordre des architectes d'Auvergne*, ce dispositif contractuel dérogoratoire au principe, posé par l'article 7 de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique (loi MOP) de la séparation des missions de maîtrise d'oeuvre et d'entrepreneur, qui a pour effet de réserver l'attribution du contrat à "d'importantes entreprises de travaux disposant de services de maîtrise d'oeuvre intégrés ou de ne s'adresser qu'aux seuls architectes qui seront parvenus à constituer un groupement avec un entrepreneur", "porte inévitablement atteinte aux intérêts de la profession". L'ordre des architectes, relevait-il, aurait certainement intérêt pour agir à l'encontre des dispositions

qui instituent ce contrat et fixent les conditions de son utilisation, mais aussi à l'encontre d'une décision de recourir à ce type de marché qui ne lèse pas un architecte en particulier mais, "collectivement, plusieurs architectes non spécifiés: tous ceux qui auraient eu vocation à passer un marché spécifique de maîtrise d'œuvre ».

Ni la définition légale de l'intérêt des ordres des architectes à défendre les droits professionnels de leurs membres, qui a même été renforcée, ni l'analyse de l'atteinte qu'un marché de conception-réalisation est susceptible de porter à ces droits, n'a changé. En revanche, ce qui a changé, c'est la conception de l'intérêt pour agir dont il faut justifier pour contester non plus l'acte unilatéral détachable du contrat mais le contrat lui-même.

L'enjeu de la question du maintien de la jurisprudence que nous avons citée dans ce nouveau cadre dépasse la défense des droits des architectes à l'occasion de la passation d'un marché de conception-réalisation. Elle se posera à chaque fois qu'un organisme professionnel, dont la mission est toujours d'assurer la défense des droits que ses membres tirent de la réglementation de leur profession, entendra contester la validité d'un contrat en particulier qui, en raison de son objet ou de ses clauses, entre dans le champ d'application de ces droits. La réponse que vous lui apporterez vaudra ainsi, par exemple, pour l'ordre des avocats s'agissant d'un contrat relatif à des prestations juridiques qui leur sont réservées.

Nous écartons donc d'emblée une réponse fondée sur la définition législative de l'intérêt pour agir des ordres des architectes et qui serait limitée à ces derniers. Car cette définition n'exprime au fond rien de plus que leur mission à défendre les droits que les lois et règlements confèrent à leurs membres, mission qui est celle de tous les ordres professionnels. Pour le dire autrement, quels que soient les termes employés par les dispositions statutaires relatives à ces organismes, leurs actions, en particulier en justice, tendent toujours à assurer la défense des droits professionnels de leurs membres. Il ne nous paraît pas nécessaire de vous en faire une démonstration qui aurait d'autant moins de sens que rien n'empêche les organismes qui n'auraient pas décrit leur intérêt pour agir en des termes aussi précis que l'article 26 de la loi sur l'architecture de modifier à tout moment leurs statuts pour le faire.

Il faut donc déterminer si la conception de l'intérêt pour contester la validité d'un contrat qui résulte de votre jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne* permet d'y intégrer la défense par un organisme professionnel des droits de ses membres.

La condition d'intérêt pour agir dans le cadre de cette jurisprudence traduit un équilibre différent entre légalité et sécurité juridique que celui que véhicule cette condition en excès de pouvoir. Les justifications de cette différence sont bien connues : le recours est un recours de plein contentieux, dirigé contre un contrat. La stabilité des relations contractuelles y pèse d'un poids plus lourd; le recours s'inscrit dans un ensemble de voies de droit conçues, tant en ce qui concerne leurs modalités que leurs effets, pour faire justice de manière juste et efficace à la diversité des droits et intérêts concernés par la relation contractuelle.

Cette différence se manifeste d'abord par l'exigence d'une adéquation plus étroite entre l'intérêt invoqué par le requérant et le contrat qu'il entend contester. A l'exception du représentant de l'Etat dans le département et des membres de l'organe délibérant de la collectivité concernée, qui n'ont pas à justifier d'un intérêt pour agir particulier, les tiers, qui bénéficient désormais d'un recours direct contre le contrat, ne peuvent l'exercer que s'ils sont susceptibles d'être lésés dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation ou les clauses du contrat. Cette

formule hybride qui emprunte tant aux contentieux des droits subjectifs qu'au contentieux précontractuel la notion de lésion exprime la nécessité d'un effet direct et significatif du contrat attaqué sur la situation du requérant. L'idée de qualités donnant de manière générale intérêt pour agir ne cadre plus avec cette exigence. Poursuivant un mouvement d'ailleurs déjà engagé en excès de pouvoir contre l'acte détachable (par ex : CE, 1er juin 2016, *Commune de Rivedoux-Plage*, n° 391570, inédit), vous avez ainsi récemment indiqué qu'il ne suffit pas au requérant qui se prévaut de sa qualité de contribuable local d'affirmer que le contrat représente une dépense pour la collectivité mais qu'il "lui revient d'établir que la convention ou les clauses dont il conteste la validité sont susceptibles d'emporter des conséquences significatives sur les finances ou le patrimoine de la collectivité" (CE, 27 mars 2020, *M. Le Monnier et autres*, n° 426291, au rec). S'agissant des personnes morales, B. Dacosta soulignait dans ses conclusions sur la décision *Département de Tarn-et-Garonne* que "devra ainsi être vérifiée avec une vigilance accrue l'atteinte directe aux intérêts qu'elles entendent défendre".

Si l'évolution de la condition d'intérêt pour agir n'était qu'une question de degré dans l'exigence d'adéquation, il nous semble qu'elle pourrait être regardée comme remplie aujourd'hui comme par le passé dans le cas qui est celui de la présente affaire de la passation d'un marché de conception-réalisation et a fortiori dans celui d'un contrat passé en violation du monopole d'une profession pour l'exercice de certaines prestations, compte tenu de l'importance de l'atteinte que ces contrats portent aux droits des architectes. Nous serions en revanche plus hésitants à vous proposer de réitérer la solution de votre décision la plus récente *communauté de communes de Petite Camargue* car la défense du droit des architectes à une prime dans un marché de maîtrise d'oeuvre nous paraît un intérêt collectif beaucoup moins prégnant.

Mais nous pensons que l'évolution de cette condition ne tient pas qu'à cela. Plus profondément, la notion d'intérêt lésé implique désormais un rapport spécifique entre l'intérêt du requérant et le contrat particulier qu'il conteste, spécificité qui fait défaut lorsque l'intérêt invoqué est le même que ceux dont peuvent se prévaloir une autre catégorie de personnes plus directement concernée. Toute l'architecture des contentieux contractuels et l'équilibre qu'elle assure entre légalité et stabilité contractuelle repose sur cette subjectivisation des recours qu'exprime la notion de lésion et qui conduit à réserver la possibilité de contester la validité d'un contrat à ceux qui soit sont vecteurs d'intérêts généraux qui dépassent les intérêts individuels, tels que le représentant de l'Etat, les membres de l'organe délibérant, les contribuables locaux ou les associations, soit défendent leurs intérêts individuels. Or la personne morale qui conteste un contrat particulier au motif que les conditions pour recourir à ce type de contrat n'étaient pas remplies défend un intérêt professionnel identique, s'agissant d'une opération déterminée, à ceux de ses membres qui auraient pu candidater. S'ils n'ont pu le faire ou en ont été dissuadés, ils justifient personnellement d'un intérêt lésé de façon suffisamment directe et certaine qu'ils peuvent défendre soit en référé précontractuel, soit en contestant la validité du contrat. Mais il ne nous semble pas que l'intérêt collectif de la profession dont l'ordre professionnel assure la défense lui permette de se substituer à ceux de ses membres qui ne se sont pas estimés lésés ou pas suffisamment pour contester eux-mêmes la procédure de passation du contrat ou le contrat lui-même. L'intérêt collectif des membres de la profession ne doit lui donner qualité pour agir que contre les mesures susceptibles d'affecter de manière générale leurs droits ou les modalités de leur exercice, mais pas de se faire le gardien du respect de ces droits à l'occasion de la conclusion de tout contrat. Cette conception de l'intérêt pour agir comme vecteur de la défense de la légalité, fut-elle porteuse de droits, consubstantielle au

contentieux de l'excès de pouvoir, ne correspond pas à celle qui prévaut désormais dans le contentieux de la validité du contrat. Votre décision du 2 juin 2016, *Ministre des affaires sociales et de la santé* (n° 395033, aux T sur ce point), par laquelle vous avez jugé qu'une Agence régionale de santé devait justifier d'un intérêt particulier lésé pour pouvoir contester la validité d'un marché passé par un établissement de santé, illustre ce changement de paradigme.

Admettre un tel intérêt pour agir qui n'est pas corrélé à un contrat en particulier aboutit à permettre à ces organismes professionnels de contester tous les contrats qui par leur objet ou leur clauses entrent dans le champ d'application des droits de leurs membres et sont, de ce seul fait, susceptibles de leur porter atteinte, à la seule condition qu'ils aient été conclus dans leur périmètre de compétence géographique. Un ordre professionnel qui s'opposerait à un dispositif contractuel qu'il estimerait "par nature" contraire à l'intérêt de ses membres pourrait ainsi par la simple menace d'un recours contentieux contre tous les contrats qui seraient conclus ou du moins les plus importants dissuader les acheteurs d'y avoir recours. C'est précisément ce type de risque contentieux que vous avez voulu prévenir en exigeant des tiers ordinaires qu'ils justifient d'un intérêt lésé de façon suffisamment directe et certaine par la conclusion du contrat et en ne dispensant de cette obligation que le préfet et les membres des assemblées délibérantes. Il ne nous paraît donc ni cohérent ni opportun de recréer des intérêts donnant toujours qualité pour agir contre des catégories de contrats.

Si vous partagez cet avis, vous jugerez que l'ordre régional des architectes n'avait pas intérêt à contester la validité de ces marchés. Cela vous conduira à annuler les arrêts attaqués et, réglant l'affaire au fond, à rejeter les appels du conseil régional de l'ordre des architectes de la Loire-Atlantique, en substituant aux motifs des jugements attaqués l'irrecevabilité de ses recours.

Vous n'aurez pas alors l'occasion de trancher les autres questions qui portent sur les conditions de recours au marché de conception-réalisation.

Nous les évoquerons tout de même rapidement, pour le cas où vous ne partageriez pas notre avis sur l'intérêt pour agir de l'ordre régional des architectes.

Le marché de conception-réalisation est, aux termes de l'article 18 de la loi MOP qui l'a prévu, *"un marché de travaux qui permet au pouvoir adjudicateur de confier à un groupement d'opérateurs économiques ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à un seul opérateur économique, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux* ». Vous avez eu l'occasion de rappeler que « la passation d'un marché de conception-réalisation, qui modifie les conditions d'exercice de la fonction de maître d'œuvre, ne peut avoir lieu que dans des circonstances particulières » (CE, 8 juillet 2005, *Communauté d'agglomération de Moulins*, n° 268610, aux T). Elles figurent dans la loi MOP et à l'article 37 du code des marchés publics, dans sa rédaction de 2011 applicable au litige (mais les mêmes dispositions figurent aujourd'hui à l'article du CCP), qui ne permettent le recours à ce type de contrat *"que si un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique ou des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. / Les motifs d'ordre technique mentionnés à l'alinéa précédant sont liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage. Sont concernées des opérations dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre ainsi que des opérations dont les caractéristiques,*

telles que des dimensions exceptionnelles ou des difficultés techniques particulières, exigent de faire appel aux moyens et à la technicité propres des opérateurs économiques. ».

La cour a estimé que ni les motifs d'ordre technique invoqués par le département, ni l'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique ne justifiaient en l'occurrence le recours à ce type de marché.

Le premier moyen des pourvois porte sur l'appréciation portée par la cour sur les motifs d'ordre technique, qui tenaient, selon les arrêts, au choix du département d'un procédé de construction reposant sur la préfabrication des éléments à agencer pour permettre le caractère « modulaire » du projet, destiné notamment à favoriser le transfert éventuel de tout ou partie des bâtiments vers d'autres sites, ou l'ajout de modules provenant d'autres collèges réalisés sur le même principe. La cour a estimé qu' "il ne résulte pas de l'instruction que ce choix exigeait, au regard tant des dimensions des modules ou des matériaux utilisés que des exigences acoustiques et thermiques posées par le maître d'ouvrage et des contraintes susceptibles d'en résulter, un mode de construction spécifique présentant des difficultés techniques particulières telles qu'elles auraient nécessité d'associer l'entrepreneur aux études de l'ouvrage".

Si les juges du fond exercent un contrôle entier sur le respect de ces conditions au recours dérogatoire à ce type de contrat (voyez, par exemple, pour les conditions du recours au marché de partenariat : 30 juillet 2014, *cne de Biarritz*, n° 363007, aux T), leur contenu essentiellement factuel nous incite à vous proposer de limiter votre contrôle de cassation sur leur appréciation à la dénaturation des pièces du dossier.

Et à écarter le moyen, le département requérant n'apportant aucun élément de nature à vous convaincre que le caractère modulaire et transférable des constructions présentait des difficultés techniques si manifestes que la cour aurait grossièrement déformé les pièces du dossier en ne les reconnaissant pas.

Le deuxième moyen est dirigé contre le refus de la cour de retenir la justification tirée de l'amélioration de la performance énergétique. Elle a jugé sur ce point qu' "en tout état de cause, il ne résulte pas de l'instruction que, au regard de la nature de la construction envisagée comme du procédé constructif retenu et des matériaux dont l'emploi était prévu, l'objectif d'un niveau de performance énergétique supérieur de 10 % à la norme thermique RT 2012, issue de la loi précitée du 3 août 2009, représentait en lui-même une contrainte ou une complexité telle qu'elle exigeait d'associer nécessairement les opérateurs de maîtrise d'œuvre et les entreprises de construction dès le stade de l'établissement des études".

Derrière les mots "en tout état de cause" se dissimule la question de l'applicabilité de cette justification à la réalisation de bâtiments neufs. Elle se pose et n'est pas évidente, pour plusieurs raisons. Au vu tout d'abord de la lettre de la loi qui fait référence à une "amélioration de l'efficacité énergétique", qui suppose de partir d'une construction existante. Ensuite, parce que cette justification est issue de l'article 74 de la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, dite « loi Grenelle II », qui avait notamment pour objectif de mettre en œuvre la loi du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, dite « Grenelle I », dont l'article 5 indiquait que « *L'Etat se fixe comme objectif de réduire les consommations d'énergie du parc des bâtiments existants d'au moins 38 % d'ici à 2020. (...)* ». A défaut d'indication dans les travaux préparatoires de la loi, cette origine du texte nous semble aller

dans le sens d'une limitation de cette justification aux travaux sur les bâtiments existants. C'est d'ailleurs également l'avis de la Direction des affaires juridiques du ministère de l'économie. Il est corroboré par l'ajout plus récent d'un troisième cas de recours aux marchés de conception-réalisation par loi du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (ELAN), pour « *la construction d'un bâtiment neuf dépassant la réglementation thermique en vigueur* ». Vous pourriez donc saisir l'occasion de ce pourvoi pour juger explicitement que cette justification n'était pas applicable compte tenu de l'objet du marché.

Le moyen tiré de ce que la cour aurait commis une erreur de droit en exigeant que l'engagement d'amélioration de performance énergétique rende nécessaire l'association des opérateurs de maîtrise d'œuvre et les entreprises de construction dès le stade de l'établissement des études n'est pas non plus dépourvu d'intérêt, même si nous n'avons guère d'hésitations à ne pas suivre l'argumentation du département qui conduirait à faire de cet engagement une condition autonome de recours à ce type de marché. Tel ne nous semble être ni le sens ni l'esprit du texte, qui place la nécessité d'associer l'entrepreneur aux études de l'ouvrage en facteur commun aux deux motifs que sont l'engagement sur le niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique et les motifs d'ordre technique. On ne voit pas pourquoi un tel engagement justifierait de recourir à ce type particulier de marché en dehors des cas où sa réalisation nécessite d'associer l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Le caractère dérogatoire du recours à ces marchés implique de les réserver aux cas où leurs spécificités sont nécessaires pour atteindre les objectifs qui justifient d'y recourir.

Contrairement à ce que soutient le département, si aucun des deux motifs, qui sont alternatifs, ne peut justifier la conclusion d'un marché de conception-réception, il n'est pas envisageable que la conjonction de deux motifs insuffisants puissent justifier le recours à ce type de marché.

Le dernier moyen est en revanche fondé. Il est tiré de ce que l'irrégularité des contrats retenue par la cour n'aurait pas du la conduire à les annuler mais seulement à les résilier.

Vous exercez un contrôle de la qualification juridique des faits sur les conséquences que les juges du fond tirent des irrégularités du contrat (CE, 10 juillet 2013, *Commune de Vias*, n°362304, aux T). Vous savez que l'annulation du contrat est réservée aux irrégularités les plus graves, celles tenant au contenu illicite du contrat ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit relever d'office. Or le recours irrégulier à un type particulier de marché public n'entre dans aucune de ces catégories d'irrégularités.

Vous pourrez donc, si vous admettez la recevabilité des recours de l'ordre régional des architectes, annuler les arrêts en tant que la cour n'a pas limité la disparition des contrats à l'avenir. Mais, comme nous l'avons dit, tel n'est pas le sens principal de nos conclusions, qui est de vous proposer d'annuler les arrêts attaqués et de rejeter les appels du Conseil régional de l'ordre des architectes de Loire-Atlantique, à la charge duquel vous pourrez mettre le versement au département de la Loire-Atlantique d'une somme de 1 500 euros dans chaque affaire.

Tel est le sens de nos conclusions.