

Nouvelle voie de recours contentieux ouverte aux tiers à un contrat de la commande publique (Tropic 2)

Catherine Prebissy-Schnall

► **To cite this version:**

Catherine Prebissy-Schnall. Nouvelle voie de recours contentieux ouverte aux tiers à un contrat de la commande publique (Tropic 2). La Semaine juridique - Entreprise et affaires, LexisNexis, 2014. hal-01812397

HAL Id: hal-01812397

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01812397>

Submitted on 30 Aug 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

«Nouvelle voie de recours contentieux ouverte aux tiers à un contrat de la commande publique (Tropic 2) », *La semaine juridique – Entreprises et affaires*, n°18, 1^{er} mai 2014.

Catherine Prebissy-Schnall

Tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles.

[CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994, Dpt Tarn-et-Garonne : JurisData n° 2014-006635](#)

Note :

Voilà un arrêt qui vient troubler le paysage du contentieux de la commande publique et qui mérite donc tous les égards. Réuni dans sa formation la plus solennelle, le 4 avril 2014, le Conseil d'État décide d'ouvrir aux tiers lésés, et non plus seulement aux concurrents évincés, le recours en contestation de la validité du contrat.

Par un avis d'appel public à la concurrence du 26 juin 2006, le département de Tarn-et-Garonne a lancé un appel d'offres ouvert en vue de la conclusion d'un marché à bons de commande ayant pour objet la location de longue durée de véhicules de fonction pour les services du conseil général. La société Sotral, titulaire du précédent marché et seule candidate a été déclarée attributaire du marché. Par une délibération en date du 20 novembre 2006, la commission permanente du conseil général a autorisé le président du conseil général à signer le marché avec la société Sotral. Le 18 janvier 2007, un conseiller général de Tarn-et-Garonne, M. François Bonhomme a formé un recours pour excès de pouvoir contre cette délibération devant le tribunal administratif de Toulouse. Le tribunal a fait droit à sa demande au motif que l'avis d'appel public à la concurrence ne comportait pas la rubrique « Procédures de recours » en méconnaissance des dispositions du règlement de la Commission européenne du 7 septembre 2005. Le tribunal 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. La cour administrative d'appel de Bordeaux, par un arrêt du 28 février 2012, a confirmé l'annulation de la délibération prononcée par les premiers juges en estimant que le Conseil général de Tarn et Garonne avait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en omettant les renseignements requis dans l'avis d'appel public à la concurrence. Saisi d'un pourvoi en cassation formé par le pouvoir adjudicateur contre l'arrêt du 28 février 2012, le Conseil d'État, réglant l'affaire au fond, considère que cette irrégularité n'était pas, « dans les circonstances de l'espèce, susceptible d'exercer une influence sur le sens de la délibération contestée ou de priver des concurrents évincés d'une garantie, la société attributaire ayant été, d'ailleurs, la seule candidate ; que, par suite, le département de Tarn-et-Garonne est fondé à soutenir que c'est à tort que, pour annuler la délibération du 20 novembre 2006, le tribunal administratif de Toulouse s'est fondé sur la méconnaissance des obligations

de publicité et de mise en concurrence qui incombait au département en ne portant pas les renseignements requis à la rubrique « Procédures de recours » de l'avis d'appel public à la concurrence ». Comme le souligne le rapporteur public Bertrand Dacosta, les incidences de l'irrégularité commise par le pouvoir adjudicateur étaient trop virtuelles pour déboucher sur l'annulation de l'acte détachable.

En statuant ainsi, le Conseil d'État a saisi l'occasion d'entrer dans le vif du (vrai) sujet : la question des recours en contestation de la validité du contrat dont disposent les tiers et dont le terrain d'élection est la commande publique puisque la voie d'accès au juge du contrat n'a été ouverte qu'à une seule catégorie de tiers, les concurrents évincés à l'attribution d'un contrat soumis à une mise en concurrence ([CE, 16 juill. 2007, n° 291545, Sté Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe](#) : *Rec. CE*, p. 360 ; [JCP E 2007, 2164](#), note F. Linditch). En effet, il décide de substituer au recours *Tropic* un nouveau recours *Tropic 2* qui considère le tiers lésé comme un acteur à part entière du contentieux contractuel. Désormais, tous les tiers, concurrents évincés ou pas, devront invoquer devant le juge du contrat des moyens en relation directe avec leurs intérêts lésés pour pouvoir attaquer le contrat. En d'autres termes le concurrent évincé dispose, à présent, d'un recours en contestation de la validité du contrat plus limité qu'auparavant tandis que les autres tiers disposent désormais d'un accès direct au juge de la validité du contrat s'ils justifient de droits lésés.

Cette nouvelle solution jurisprudentielle (2) simplifie l'état du droit (1).

1. Le contexte juridique : un émiettement contentieux comme réponse à la recherche d'un équilibre entre la stabilité des relations contractuelles et le droit au juge

Au moment de l'apparition des premières théorisations du contrat administratif aux alentours de 1850, le contrat administratif était accessible par la voie du recours pour excès de pouvoir tant par les parties que par les tiers (*CE, 30 avr. 1863, Ville de Boulogne* : *Rec. p. 404, concl. Robert* ; *M. Touzeil-Divina, Éléments d'histoire de l'enseignement du droit public : la contribution du doyen Foucart, thèse 2007, Titre II, chapitres I et II*). Tout requérant manifestant un droit lésé pouvait agir contre un contrat (pour une partie cocontractante, *V. CE, 2 juin 1859, Ville de Fontainebleau* : *Rec. p. 405* ; pour un candidat évincé, *V. CE, 26 juill. 1851, Martin* : *Rec. p. 537*). Puis, sous l'action de la doctrine majoritaire (E. Laferrière, 1887 et 1896 sur la distinction des contentieux) et jusqu'aux premières années du XXe siècle, le recours pour excès de pouvoir contre les actes administratifs unilatéraux servant de base au contrat était considéré comme irrecevable. On considérait, en effet, que ces actes se trouvaient incorporés au contrat, lequel formait un tout indivisible et échappait non seulement au recours formé contre lui-même mais aussi celui résultant d'une critique des mesures qui ont accompagné sa formation.

Cependant, cette théorie du tout indivisible a, dès le début du XXe siècle, laissé place à celle des actes détachables. Cette conception consiste à considérer les divers actes unilatéraux qui interviennent à l'occasion de la formation du contrat, même lorsqu'ils conditionnent cette formation, comme susceptibles d'en être isolés, et d'être attaqués par la voie du recours pour excès de pouvoir. Cette jurisprudence nouvelle a été consacrée par l'arrêt *Martin* du Conseil d'État du 4 août 1905 (*CE, 4 août 1905, Martin* : *Rec. p. 749, concl. Romieu*). Le juge

administratif a ainsi progressivement ouvert au juge de l'excès de pouvoir le contentieux des actes périphériques au contrat (comme les délibérations des assemblées prescrivant la conclusion du contrat, les décisions d'attribution des commissions d'appel d'offres, les décisions de passer ou de signer le marché, l'acte de signature du contrat). Mais, afin de préserver la stabilité des relations contractuelles et d'empêcher que les tiers puissent obtenir l'annulation des contrats alors que ceux-ci étaient en cours d'exécution, l'accès au juge de plein contentieux n'était ouvert qu'aux parties. La théorie des actes détachables a néanmoins constitué une avancée considérable pour les tiers et notamment les candidats évincés lors de la passation d'un marché public. En effet, le contrat de la commande publique est non seulement un acte juridique mais aussi un acte économique qui ne peut laisser les tiers indifférents. Lorsque l'Administration agit, c'est toujours pour satisfaire un objectif d'intérêt général. Ainsi, si l'on décide, par la conclusion d'un marché public, de construire une école, les administrés, bien que tiers au contrat, seront forcément atteints. On peut alors découvrir dans ces contrats administratifs de réelles situations juridiques objectives générales et impersonnelles comme en témoignent les clauses dites réglementaires qui n'ont alors de contractuelles que la forme (*CE, 10 juill. 1996, Cayzele : AJDA 1996, p. 807. - CE, 8 avr. 2009, Assoc. Alcaly et a. : Rec. p. 112*).

Tirant les leçons des retouches sans cesse apportées à son œuvre jurisprudentielle sur les actes détachables, le juge de l'excès de pouvoir a accepté de prendre en compte l'impact de l'annulation d'un acte détachable sur la survie du contrat lui-même. Une telle évolution a conduit à reconnaître un droit indirect pour les tiers à obtenir l'annulation du contrat (*CE, 7 oct. 1994, Épx Lopez : RFD adm. 1994, p. 1090*).

Ces différents éléments conjugués à d'autres (déféré préfectoral, référé précontractuel, création du recours *Tropic*, référé contractuel, jurisprudences *Commune de Béziers* du 28 décembre 2009 dite *Béziers I* et du 21 mars 2011 dite *Béziers II* sur l'action en reprise des relations contractuelles ouverte aux parties) ont rendu le contentieux contractuel particulièrement difficile à déchiffrer. Le Conseil d'État, dans sa décision *Tropic* ([CE, ass., 16 juill. 2007, n° 291545](#), *préc.*) a, par ailleurs, marqué une distinction encore plus nette entre les concurrents évincés et les autres tiers considérant que seuls les candidats malheureux pouvaient agir pour contester la validité du contrat devant le juge de plein contentieux. En refusant d'ouvrir ce recours à toute personne qui s'estimerait lésée par la convention, les juges ont un peu manqué d'audace en ne suivant pas les conclusions du commissaire du Gouvernement Didier Casas : celui-ci invitait pourtant la Haute juridiction à appliquer le même régime à tous les tiers justifiant de droits patrimoniaux lésés.

2. Le nouveau recours Tropic 2 : une solution qui simplifie le contentieux contractuel

Comme le souligne Bertrand Dacosta en concluant sur notre affaire, « 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, (...) que d'autres tiers avaient intérêt à agir contre l'acte détachable et que l'annulation, à leur initiative, de cet acte détachable puisse rejallir sur le sort du contrat ; la porte qui leur a été ouverte ne peut plus être refermée ».

Par sa décision *Département de Tarn-et-Garonne*, le Conseil d'État décide donc d'ouvrir le recours direct contre le contrat à tous les tiers susceptibles d'être lésés, dans leurs intérêts, par sa passation ou ses clauses. Ces tiers peuvent à présent contester la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, y compris en faisant valoir, devant le juge du contrat, l'illégalité des actes détachables du contrat. La théorie des actes détachables du contrat issue de la jurisprudence *Martin* de 1905 devient alors inutile (en précisant que les recours pour excès de pouvoir déposés par ces tiers contre les actes détachables de contrats signés jusqu'au 4 avril 2014 ne sont évidemment pas privés d'objet).

Ce nouveau recours, que l'on pourra appeler *Tropic 2* se substitue au recours *Tropic*. Le Conseil d'État calibre la recevabilité de ce recours (V. *CE, communiqué, 4 avr. 2014*). Pour pouvoir saisir le juge du contrat, les tiers doivent ainsi justifier que leurs intérêts sont susceptibles d'être lésés de manière suffisamment directe et certaine. Sur le fond, ils ne peuvent se plaindre que des vices du contrat en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou de ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office. Le juge apprécie alors l'importance de ces vices et les conséquences à en tirer. Il peut, selon les cas, décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, inviter les parties à le régulariser, ou encore décider de résilier le contrat à compter d'une date fixée par lui. C'est seulement dans les cas où le contrat a un contenu illicite, ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité, que le juge, après avoir vérifié que sa décision ne porte pas une atteinte excessive à l'intérêt général, en prononce l'annulation totale. Il peut dans certains cas condamner les parties à verser une indemnité à l'auteur du recours qui a subi un préjudice. Le même recours est ouvert aux élus des collectivités territoriales concernées par le contrat et au préfet de département chargé du contrôle de légalité. Toutefois, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, ces requérants peuvent invoquer tout vice entachant le contrat. En outre, dans le cadre du contrôle de légalité, le préfet de département peut continuer de demander l'annulation des actes détachables du contrat tant que celui-ci n'est pas signé.

Cet arrêt du Conseil d'État permet non seulement de ne plus faire la distinction entre les tiers (candidats évincés, autres tiers tout en mettant à part ce tiers très particulier qu'est le préfet) mais aussi et surtout de simplifier le circuit de lecture en supprimant les contentieux à plusieurs vitesses : « 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 » (*concl. B. Dacosta*). Il reste que les concurrents évincés conservent des privilèges en matière de contentieux de la commande publique puisqu'ils disposent, en plus du recours *Tropic 2*, du référé précontractuel, du référé contractuel et du recours indemnitaire.