



Laurence Ory

DEA droit public

La contestation des contrats publics par les tiers :

de l'arrêt *Martin* à l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne*

« 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 ».

Par un arrêt d'Assemblée en date du 4 avril 2014¹, le Conseil d'Etat étend à tous les tiers susceptibles d'être lésés dans leurs intérêts l'accès au recours en contestation de validité du contrat administratif, dont seuls les concurrents évincés disposaient jusqu'alors. Dans le même temps, il ferme à ces mêmes tiers la possibilité de diligenter un recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat, possibilité consacrée en son temps par l'arrêt *Martin* du 4 août 1905², et qui, en raison de l'effet relatif du contrat, constituait pour les tiers le seul « angle d'attaque » contre les contrats conclus par l'administration.

Cet arrêt marque incontestablement une évolution dans le contentieux des contrats administratifs, évolution dont nous nous proposons de retracer les grandes lignes, avant de préciser le régime de ce nouveau recours.

Les grandes lignes de l'évolution

Dans un souci de simplification, nous n'envisagerons ici que les étapes les plus « marquantes » de cette évolution, celles qui en constituent - pourrait-on dire - la charpente.

1- CE 4 avril 2014, n° 353994 *Département de Tarn-et-Garonne*

2- CE 4 août 1905, n° 14220, *Rec. CE* 1905 p. 749, *concl. Romieu*

- De l'arrêt *Martin* à l'affaire *Lopez* :

Rappelons dans un premier temps que pendant fort longtemps, seules les parties aux contrats de l'administration étaient susceptibles de saisir le juge du contrat pour en contester la validité. Les tiers, pour leur part, n'étaient admis qu'à contester la légalité des actes préparatoires au contrat, c'est-à-dire principalement, si l'on s'attache aux contrats des collectivités locales, la délibération décidant d'en autoriser la conclusion et, le cas échéant, la décision de les signer³. Mais l'on sait que l'efficacité d'un tel recours était limitée, puisque l'annulation d'un acte détachable du contrat n'entraîne pas *ipso facto* la nullité du contrat conclu sur son fondement. Dans un tel cas, en raison de l'effet relatif du contrat, il appartenait en effet aux parties - et à elles seules - de saisir le juge du contrat pour lui faire prononcer, le cas échéant, la nullité du contrat par suite de l'annulation d'un ou plusieurs des actes ayant contribué à sa formation. Jusqu'à une date relativement récente, les tiers ne pouvaient les y contraindre.

Mais suite, d'une part, à un arrêt du Conseil d'Etat en date du 7 octobre 1994⁴, d'autre part, à la réforme opérée par la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, le risque de voir invalider un contrat conclu par une personne publique en raison de l'annulation, par le juge administratif, d'un acte détachable est devenu plus réel.

- Dans l'affaire *Epoux Lopez*, le Conseil d'État, suite à l'annulation par le juge administratif de la délibération d'un conseil municipal autorisant la cession d'un bien du domaine privé de la commune, avait en sa qualité de juge de l'astreinte - et sur le fondement de la loi n°80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public - condamné la commune sous astreinte à saisir le juge du contrat en vue d'obtenir le retour à la commune de la propriété aliénée. Il s'agissait là d'une première tentative visant à combattre « l'effet platonique » du recours pour excès de pouvoir⁵.

- Puis la loi susvisée du 8 février 1995 a introduit dans le code des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel des dispositions nouvelles (les articles L.8-2 à L.8-4, devenus les articles L.911-1 et L. 911-2 du code de justice administrative) qui permettent au juge administratif de prescrire, en même temps qu'il rend son jugement - et pour autant que le requérant en ait fait la demande - les mesures d'exécution que celui-ci appelle, le cas échéant sous astreinte, afin de prévenir des difficultés ultérieures d'exécution. Notons que même si le requérant n'a pas fait sa demande lors de son recours initial, il peut demander ultérieurement au juge administratif de prendre les mesures permettant d'assurer l'exécution de son jugement⁶.

Le juge administratif, en conséquence de l'annulation de l'acte détachable, peut, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise « *soit 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, 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* »⁷.

Cette procédure était toutefois aussi insatisfaisante pour les tiers – qui devaient saisir pas moins de trois juges pour obtenir (ou non !) satisfaction à la

3- CE 9 décembre 1934 Chambre de commerce de Tamatave, Rec. CE p.1034

4- CE 7 octobre 1994, *Epoux Lopez*, Rec. CE p. 430

5- Expression que l'on doit au commissaire du gouvernement Romieu, dans ses conclusions sous l'arrêt *Martin*

6- CJA, art. L. 911-4

7- CE 21 février 2011, n° 337349 *Sté Ophrys*

suite de l'annulation d'un acte détachable du contrat - que pour les parties, pour lesquelles la stabilité du contrat pouvait parfois n'être jamais garantie puisque, s'agissant notamment de la décision de le signer, elle n'était généralement pas matérialisée par un acte faisant l'objet d'une publicité susceptible de faire courir les délais de recours.

- L'arrêt *Tropic Travaux Signalisation* :

A cet égard, l'arrêt du Conseil d'Etat du 16 juillet 2007⁸, communément appelé « arrêt *Tropic* », marque un tournant important, puisque le Conseil d'Etat, à l'occasion de cette affaire, reconnaît aux concurrents évincés d'un contrat administratif la possibilité de contester directement devant le juge administratif la validité dudit contrat, pendant un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, en leur refusant corrélativement la possibilité de demander l'annulation des actes préalables qui en sont détachables. Ce faisant, il porte le premier « coup de canif » au principe de l'effet relatif du contrat. Mais parce qu'il n'était ouvert qu'aux concurrents évincés, ce recours – dit « recours *Tropic* » - s'est trouvé cantonné dans les faits aux contrats de la commande publique, même si dans l'absolu, il aurait pu être diligenté à l'encontre d'autres contrats pour lesquels l'administration aurait organisé sans y être tenue une mise en concurrence. Par ailleurs, en maintenant au profit des tiers autres que les concurrents évincés la voie du recours pour excès de pouvoir, cet arrêt *Tropic*, de l'avis général, a complexifié la situation sans pour autant atténuer l'insécurité juridique, puisque « *le recours contre l'acte détachable peut faire planer une menace sur le contrat pendant plusieurs années* »⁹.

- De l'arrêt *Tropic* à l'arrêt *Tarn-et-Garonne* :

L'arrêt *Tarn-et-Garonne*, objet de ce commentaire, ouvre désormais à tous les tiers à un contrat administratif susceptibles d'être lésés dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses le recours en contestation de la validité du contrat réservé jusque-là aux seuls concurrents évincés :

« Considérant qu'indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, 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 ».

Les principales caractéristiques de ce nouveau recours :

- Quant aux contrats susceptibles de recours :

A l'instar du recours *Tropic*, le recours « *Tarn-et-Garonne* » (déjà désigné par certains « recours *Tropic II* »¹⁰) peut être diligenté à l'encontre de tous les contrats administratifs, catégorie beaucoup plus large que les « contrats de la commande publique » (lesquels peuvent également faire l'objet d'un recours précontractuel ou d'un recours contractuel prévu par les articles L. 551-1 et suivants et L. 551-13 et suivants du code de Justice administrative, ouverts l'un et l'autre « aux personnes ayant intérêt à conclure le contrat », et sanctionnant d'éventuels manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence). Sont donc concernés par le recours « *Tarn-et-Garonne* » de

8- CE, 16 juillet 2007, *Sté Tropic Travaux Signalisation*, Rec. CE p. 360 ; RFDA Sept-oct. 2007, p. 923 et s., note Pouyaud.

9- Bertrand Dacosta : « Le recours *tropic* est mort, un nouveau recours plus encadré s'y substitue » *Le Moniteur*, 25 Avril 2014, p. 40 et s.

10- Cf. not. Philippe Rees : *Tropic II est arrivé - A propos de l'arrêt Département Tarn-et-Garonne, Contrats et marchés publics*, Mai 2014, p. 7 et s. ; Bertrand Dacosta, *le Moniteur*, article cité note 9.

nombreux contrats, en ce compris des contrats dont la conclusion n'a pas à être précédée d'une mise en concurrence (au nombre desquels les contrats d'occupation du domaine public, administratifs par détermination de la loi¹¹).

- Quant aux bénéficiaires dudit recours :

Il est ouvert - ainsi qu'il est ci-dessus rappelé - « à tout tiers susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine par la passation du contrat » (et non plus seulement aux concurrents évincés, comme c'était le cas avec le recours *Tropic*), mais également « aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'Etat dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité » qui constituent donc à cet égard des tiers « particuliers ».

- Quant aux moyens susceptibles d'être invoqués :

S'agissant des tiers « ordinaires » (c'est-à-dire autres que le préfet et les élus), ils devront, pour être recevables dans leur action, faire la preuve qu'ils ont été lésés dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation du contrat ou de certaines de ses clauses. En pratique, cela signifie que ces tiers – au nombre desquels les concurrents évincés – ne pourront invoquer que des moyens en lien direct avec l'intérêt lésé qu'ils dont ils se prévalent. On croit donc pouvoir considérer que l'intérêt à agir sera apprécié plus strictement, dans le cadre de ce recours, qu'il ne l'était dans le cadre du recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat (où tout vice de légalité pouvait dans l'absolu être invoqué). Ces tiers « ordinaires » pourront par ailleurs invoquer « les vices d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office », autrement dit les moyens d'ordre public, et ce, même en l'absence de lien direct avec leurs intérêts.

S'agissant en revanche du représentant de l'Etat et des membres de l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale en cause, ils pourront, eux, « compte tenu des intérêts dont ils ont la charge (...) invoquer tout moyen à l'appui du recours ainsi défini » (l'idée étant qu'ils demeurent les « gardiens » de la légalité).

- Quant au délai dans lequel ce recours doit être diligenté :

Aux termes de l'arrêt, « ce recours doit être exercé y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ».

Selon Mr Bertrand Dacosta, rapporteur public au Conseil d'Etat dans cette affaire, « il appartient à la collectivité, non pas de publier in extenso tous ses contrats, mais d'organiser, au moins pour les contrats un peu sensibles ou financièrement importants, une publicité suffisante mentionnant l'existence du contrat et le lieu où il peut être consulté. Faute de publicité suffisante, il n'y a pas de délai de recours, et tout l'intérêt de la jurisprudence s'effondre : c'est à nouveau le règne de l'insécurité juridique (...)»¹².

- Quant aux pouvoirs du juge dans le cadre de ce contentieux :

Concernant ce point, le Conseil d'Etat précise « qu'il appartient au juge du contrat, (...) lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences ; qu'ainsi, il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider

11- CGPPP, art. L. 2331-1

12- Conclusions Dacosta sous CE Ass. 4 avril 2014, BJCP n° 94, p.204 et s.

que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat ; qu'en présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si 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 doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci ; qu'il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés ».

Le juge dispose donc d'une large gamme de pouvoirs et l'on peut d'ores et déjà imaginer que, dans la mesure où l'un des objectifs poursuivis par le Conseil d'Etat est d'assurer la stabilité des relations contractuelles – comme en atteste l'exigence de loyauté des relations contractuelles, érigée au rang des principes directeurs de l'appréciation du juge par l'arrêt *Commune de Béziers* ¹³ - (au détriment, peut-être, des considérations de pure légalité), les cas d'annulation du contrat se feront plus rares. Le contentieux indemnitaire, pourrait bien, en revanche, s'en trouver enrichi. Citons à cet égard Samuel Dyens. L'auteur s'interroge en effet sur la faculté reconnue au juge du contrat de faire droit à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés :

*« Sans se lancer dans des conjectures que seules les premières décisions d'application de la voie de recours Tarn-et-Garonne trancheront, force est de constater que cette capacité d'indemnisation, assez fortement mise en exergue, pourra jouer comme une contrepartie du resserrement du recours en contestation de validité contractuelle ouvert à tout tiers. D'autant que dans bien des situations, notamment pour les marchés publics, les délais de jugement des contentieux rendront inopérants ou inutiles d'autres mesures que l'indemnisation. Toutefois, la démonstration de l'existence d'un intérêt lésé ne sera pas forcément aisée pour toutes les catégories de tiers »*¹⁴.

- La fermeture du REP contre l'acte détachable du contrat :

Enfin - et il s'agit là d'un point important – l'existence de ce nouveau recours direct contre le contrat lui-même prive désormais les tiers qui y ont accès (en ce compris les membres élus de l'organe délibérant de la collectivité territoriale partie au contrat) de la possibilité de contester les actes détachables du contrat, du moins ceux relatifs au choix du contractant, à la conclusion du contrat et à la décision de le signer dans le cadre du recours pour excès de pouvoir (étant toutefois précisé que demeure la possibilité de contester devant le juge de l'excès de pouvoir les clauses à caractère réglementaire du contrat).

Seul le préfet, dans le cadre du contrôle de la légalité qu'il lui appartient d'exercer, demeure recevable à contester la légalité des actes détachables du contrat devant le juge de l'excès de pouvoir jusqu'à la conclusion du contrat. Une fois ce dernier signé, s'il n'a pas encore été statué sur le déféré préfectoral, celui-ci doit faire l'objet d'un non lieu (et le préfet retrouve son recours direct en contestation de validité du contrat).

Par ailleurs, parce que le recours en contestation de validité ouvert aux tiers par l'arrêt *Tarn-et-Garonne* ne concerne que les contrats administratifs, le recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables des contrats de

13- CE 28 décembre 2009, n° 304802, Rec. CE p. 509, concl. E. Glaser

14- Samuel Dyens : Le recours « Tarn-et-Garonne » : quand la sécurité juridique prime sur la légalité. *AJ Collectivités territoriales* 2014 p375 et s.

droit privé conclus par les personnes publiques demeure ouvert aux tiers à ces contrats (qui ne disposent pas d'une autre voie de contestation), pour autant toutefois que ces actes relèvent bien de la compétence du juge administratif et non de celle du juge judiciaire, par application des principes posés par le Tribunal des Conflits dans sa décision rendue à propos de l'affaire *SARL Brasserie du Théâtre*¹⁵. Rappelons qu'en application de cette jurisprudence, les actes unilatéraux de gestion du domaine privé ne sont pas détachables du contrat de droit privé auquel ils se rapportent et relèvent de la compétence du juge judiciaire. Mais le juge administratif demeure compétent pour connaître des actes unilatéraux relatifs aux conventions ayant pour effet d'affecter la consistance ou le périmètre du domaine privé d'une personne publique, considérés comme des actes de disposition relevant « par nature » du juge administratif, et des recours diligentés contre les actes détachables des contrats privés lorsque le requérant n'est pas partie au contrat et que l'acte lui fait grief (ce qui concerne bon nombre d'actes intéressant la pratique notariale).

- Application dans le temps :

Le recours « *Tarn-et-Garonne* » ne pourra être exercé par les tiers qu'à l'encontre des contrats signés à compter du 4 avril 2014, date de lecture de l'arrêt.

Conclusion

Pour conclure, nous dirons quelques mots des « grands absents » de ce nouveau paysage contentieux, à savoir les contrats privés susceptibles, à raison de leur objet principal, d'être requalifiés en contrats de la commande publique ... mais qui n'en n'ont pas l'apparence.

Les notaires savent bien de quoi il est question ici : cessions de terrain moyennant remise de locaux, VEFA, ventes assorties d'une obligation de construire et autres contrats qui tout en empruntant des « moules juridiques » au droit privé, mettent en œuvre des opérations immobilières complexes associant des personnes publiques et des personnes privées et qui, en cela, « confinent » à la commande publique.

Concernant ces contrats, un réel problème se pose. Car s'ils ont indiscutablement l'apparence de contrats de droit privé, pour certains d'entre eux, ils dissimulent – non moins indiscutablement – un contrat de la commande publique (marché public au regard du droit interne ou à tout le moins du droit communautaire, concession de travaux ...etc...). Dans l'absolu – et parce qu'ils se présentent comme des contrats de droit privé - les tiers devraient toujours pouvoir les contester par le « biais » du recours contre l'acte détachable (délibération autorisant la conclusion du contrat, décision de le signer). Mais ne pourrait-on imaginer que le juge administratif, saisi d'un recours en contestation de validité par un tiers, sur le fondement de l'arrêt commenté, accepte, à la demande de ce tiers, de requalifier le contrat, de lui « restituer » sa véritable nature, au-delà de la qualification (et de la présentation) que les parties lui ont donnée et en tire les conséquences au regard de la recevabilité du recours ?

Au risque de soulever de nouvelles interrogations, voire de susciter des inquiétudes au sein de la profession, la question mérite à notre avis d'être posée. Mais si le juge administratif devait se reconnaître compétent pour accueillir un tel recours contre ces contrats, il n'en veillerait sans doute pas moins à assurer, comme il devrait le faire pour les contrats administratifs résolument identifiés comme tels, la stabilité des relations contractuelles qui, au final, semble être la grande gagnante de cette évolution.

15- TC 22 nov. 2010 n° C3764 *Brasserie du Théâtre c/ Cne Reims*
Dt Adm. n°2 févr. 2011 Comm. F.
Melleray.