

RDI 2007 p.429

L'ouverture du recours de plein contentieux aux concurrents évincés de la conclusion d'un contrat administratif (Conseil d'Etat, ass., 16 juill. 2007, Société Tropic Travaux Signalisation - Requête n° 291545, AJDA 2007.1577, chron. Lenica et Boucher  ; RFDA 2007.696, concl. Casas , 917, note Moderne , 923, note Pouyaud  et 935, note Canedo-Paris )

Jean-David Dreyfus, Agrégé de droit public. Avocat au barreau de Paris

*
**

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés qu'après avoir été informée, le 14 novembre 2005, par la chambre de commerce et d'industrie de Pointe-à-Pitre du rejet de l'offre qu'elle avait présentée pour l'attribution d'un marché portant sur le marquage des aires d'avions et des chaussées routières de l'aéroport de Pointe-à-Pitre le Raizet, la Société Tropic Travaux Signalisation a saisi le juge des référés du Tribunal administratif de Basse-Terre, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, d'une demande tendant à la suspension de l'exécution de ce rejet de son offre, de la décision de la chambre de commerce et d'industrie acceptant l'offre de la société Rugoway, de sa décision de signer le marché et du marché lui-même ; que par une ordonnance en date du 2 mars 2006, à l'encontre de laquelle la Société Tropic Travaux Signalisation se pourvoit en cassation, le juge des référés a rejeté cette demande ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen de la requête ;

Considérant que, indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires ; que 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 ; qu'à partir de la conclusion du contrat, et dès lors qu'il dispose du recours ci-dessus défini, le concurrent évincé n'est, en revanche, plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables ;

Considérant que, ainsi saisi de telles conclusions par un concurrent évincé, il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnisations en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat ; que, par ailleurs, une requête contestant la validité d'un contrat peut être accompagnée d'une demande tendant, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de son exécution ;

Considérant qu'il appartient en principe au juge d'appliquer les règles définies ci-dessus qui, prises dans leur ensemble, n'apportent pas de limitation au droit fondamental qu'est le droit au recours ; que toutefois, eu égard à l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours et sous réserve des actions en justice ayant le même objet et déjà engagées avant la date de lecture de la présente décision, le recours ci-dessus défini ne pourra être exercé qu'à l'encontre des contrats dont la procédure de passation a été engagée postérieurement à cette date ;

Considérant qu'en rejetant comme irrecevables les conclusions de la Société Tropic Travaux Signalisation à fin de suspension du marché conclu entre la chambre de commerce et d'industrie de Pointe à Pitre et la société Rugoway, sans rechercher si la Société Tropic Travaux Signalisation s'était portée candidate à l'attribution de ce marché, le juge des référés du Tribunal administratif de Basse-Terre a commis une erreur de droit entachant le bien-fondé de l'ensemble de son ordonnance ;

Considérant qu'il résulte de qui précède que la Société Tropic Travaux Signalisation est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée du juge des référés du Tribunal administratif de Basse-Terre ;

Considérant qu'il y a lieu, pour le Conseil d'Etat, par application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 521-1 du code de justice administrative : « Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision [...] » ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que le délai de recours contre le marché conclu entre la chambre de commerce et d'industrie de Pointe-à-Pitre et la société Rugoway n'ayant pas couru faute de mesure de publicité appropriée, la Société Tropic Travaux Signalisation, en sa qualité de concurrent évincé de l'attribution de ce marché, est recevable à demander la suspension de son exécution sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative ; que toutefois, en l'état de l'instruction, le seul moyen d'annulation qu'elle soulève et qui est tiré du détournement de pouvoir, n'est pas de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité de ce marché ; que, par suite, ses conclusions tendant à la suspension de son exécution doivent être rejetées ;

Considérant que, compte tenu de la signature du marché contesté le 26 novembre 2005, la société requérante n'était plus recevable à la date de l'introduction de sa demande, le 13 janvier 2006, à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables ; que dès lors, ses conclusions à fin de suspension des décisions de la chambre de commerce et d'industrie rejetant son offre, attribuant le marché à la société Rugoway et décidant de le signer ne peuvent également qu'être rejetées.

Observations

Ce grand arrêt de la jurisprudence administrative retiendra l'attention sur plusieurs points :

L'accès de certains tiers au plein contentieux contractuel :

Par principe, seules les parties au contrat disposent d'actions portées devant le juge du contrat, de leur acte. La

nouveauté tient à la reconnaissance d'une action de plein contentieux contractuel à tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif. Ayant été évincé lors de la mise en concurrence (l'existence d'une mise en concurrence est indispensable sinon il n'y aurait pas de « concurrents » évincés, ce qui couvre donc les marchés à procédure adaptée), il est nécessairement extérieur au cercle des parties donc tiers.

On doit immédiatement relever que tous les tiers ne sont pas logés à la même enseigne : certains - les concurrents évincés - sont privilégiés. Il n'est pas sûr que seules les entreprises ayant déposé une offre entrent dans cette catégorie : un opérateur qui n'aurait pas eu connaissance d'une procédure sans pour autant avoir été négligent pourrait y être assimilé.

Contrairement à ce que proposait le commissaire du gouvernement Casas, le Conseil d'Etat n'a pas admis cette nouvelle possibilité de recours au profit d'autres catégories de tiers pouvant également justifier de droits lésés (par exemple les contribuables locaux).

Les tiers au contrat, avant cette décision, ne disposaient que de deux principales voies de recours :

- Avant la conclusion du marché : le référé précontractuel

Conformément aux dispositions de l'article L. 551-1 du code administratif, en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics, les entreprises ayant un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le préfet dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale, peuvent saisir le président du tribunal administratif avant la conclusion du marché.

- Le recours pour excès de pouvoir contre « les actes détachables du contrat »

Un tiers peut introduire un recours, non pas contre le contrat lui-même, mais contre un « acte détachable » de celui-ci, faisant grief à l'intéressé et lui donnant intérêt à agir (CE 4 août 1905, *Martin*). Mais on sait que l'annulation d'un acte détachable n'aboutit pas automatiquement à l'annulation d'un contrat : « il appartient à l'Administration, selon les circonstances propres à chaque affaire et sous le contrôle du juge, de déterminer les conséquences à tirer de l'annulation » (CE 24 mai 2001, *Avriller*).

L'objet du recours

Il s'agit de contester la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles (qui peuvent donc être annulées sans porter atteinte à l'économie du contrat tout entier) et, le cas échéant, d'assortir de demandes indemnitaires. Ce recours peut, en outre, être assorti d'une demande tendant à ce que le juge des référés ordonne, à titre conservatoire, la suspension de l'exécution du contrat (art. L. 521-1, CJA).

Les conditions de recevabilité

Il convient de souligner que l'on se situe dans la période postérieure à la signature du contrat

Le recours de plein contentieux 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, par exemple 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. Ce qui risque d'être assez délicat s'agissant des marchés à procédure adaptée, pour lesquels le commissaire du gouvernement Casas suggère des « modalités de publicité plus sommaires - comme un simple affichage ».

Conséquence de l'introduction du recours, le concurrent évincé n'est, en revanche, plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables.

Les pouvoirs du juge

Le Conseil d'Etat a défini l'étendue des pouvoirs du juge administratif dans le cadre de ce nouveau recours de plein contentieux. Celui-ci peut, après avoir constaté et pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise :

- soit prononcer la résiliation du contrat ou modifier certaines de ses clauses ;
- soit décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante ;
- soit accorder des indemnités en réparation des droits lésés ;
- soit, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, annuler totalement ou partiellement le contrat, le cas échéant avec un effet différé.

La prise en compte du droit communautaire et de ses évolutions

L'arrêt du Conseil d'Etat du 16 juillet 2007 semble s'inscrire dans le cadre, plus général, de l'évolution du droit communautaire en ce domaine.

Dans un arrêt du 10 avril 2003, *Commission c/ Allemagne*, la Cour de justice a déclaré et arrêté :

« La commune de Bockhorn (Allemagne) n'ayant pas lancé d'appel d'offres pour le contrat relatif à l'évacuation de ses eaux usées et n'ayant pas publié le résultat de la procédure d'attribution dans le supplément du Journal officiel des Communautés européennes, la république fédérale d'Allemagne a, lors de l'attribution de ce marché public de services, manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des dispositions combinées des articles 8, 15, paragraphe 2, et 16, paragraphe 1, de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1).

La ville de Brunswick (Allemagne) ayant passé un contrat relatif à l'élimination de ses déchets en recourant à la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché, bien que les conditions fixées à l'article 11, paragraphe 3, de la directive 92/50 pour la passation des marchés de gré à gré sans appel d'offres au niveau communautaire n'aient pas été remplies, la république fédérale d'Allemagne a, lors de l'attribution de ce marché public de services, manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 8 et 11, paragraphe 3, sous b), de ladite directive.»

Par lettre du 27 juin 2003, la Commission a invité le gouvernement allemand à lui communiquer les mesures prises en vue de l'exécution de l'arrêt. N'étant pas satisfaite de la réponse du gouvernement allemand du 7 août 2003, la Commission a, le 17 octobre 2003, invité les autorités allemandes à formuler leurs observations dans un délai de deux mois. Dans sa

communication du 23 décembre 2003, le gouvernement allemand a fait état d'une lettre adressée au début du mois de décembre 2003 au gouvernement du *Land* de Basse-Saxe par laquelle il avait invité ce dernier à veiller au respect de la législation en vigueur en matière de passation des marchés publics et à lui communiquer les mesures devant permettre d'éviter que des infractions comparables ne se reproduisent à l'avenir. Le gouvernement a également fait valoir que le droit communautaire n'exigeait pas la résiliation des deux contrats en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt précité.

Le 1^{er} avril 2004, la Commission a fait parvenir à la république fédérale d'Allemagne un avis motivé auquel cette dernière a répondu le 7 juin 2004. Considérant que la république fédérale d'Allemagne n'avait pas pris les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt *Commission c/ Allemagne*, la Commission a décidé d'introduire un recours.

Dans un arrêt du 18 juillet 2007 (aff. C-503/04), la Cour de justice des Communautés européennes affirme que la république fédérale d'Allemagne n'a pas pris les mesures suffisantes pour se conformer à un précédent arrêt du 10 avril 2003, *Commission c/ Allemagne*, cet Etat membre n'ayant pas fait procéder, avant la date d'expiration du délai fixé dans l'avis motivé, à la résiliation du contrat conclu par la ville de Brunswick concernant l'élimination des déchets.

Cet arrêt fait écho à la réforme des directives « Recours », adoptée en première lecture par le Parlement européen (Proposition de directive COM(2006) 195 final visant à modifier les directives n° 89/665/CEE et n° 92/13/CEE relatives aux recours dans le domaine des marchés publics), qui autoriserait les Etats membres à maintenir les effets de contrats conclus en violation des directives en matière de passation des marchés publics.

Par ailleurs, le projet de directive pose notamment le principe selon lequel :

« Les Etats membres veillent à ce que les procédures de recours soient accessibles, selon des modalités que les Etats membres peuvent déterminer, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée » (nouvelle rédaction proposée pour le paragraphe 3 de l'article 1^{er} de la directive n° 89/665/CEE).

Mots clés :

MARCHE PUBLIC * Marché public de travaux * Contentieux * Recours des tiers * Recevabilité