

## AJDA 2014 p.1035

## Contentieux contractuel : la révolution rentre au port

Aurélie Bretonneau, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, responsable du centre de recherches et de diffusion juridiques

Jean Lessi, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, responsable du centre de recherches et de diffusion juridiques

\*\*

Il est dans la nature de la chronique de jurisprudence qu'hébergent ces colonnes de traiter de décisions remarquables, et les années récentes ont offert à ses titulaires de nombreuses occasions de se risquer, à leur propos, à parler de révolution. Ces derniers mois, le passage au plein contrôle de l'adéquation de la sanction à la faute en contentieux disciplinaire de la fonction publique (CE, ass., 13 nov. 2013, n° 347704, *Dahan*, Lebon [1](#) ; AJDA 2013. 2432 [1](#), chron. A. Bretonneau et J. Lessi [1](#) ; AJFP 2014. 5 [1](#), concl. R. Keller [1](#), note C. Fortier [1](#) ; RFDA 2013. 1175, concl. R. Keller [1](#)) ou encore le renoncement au périmètre de la théorie de la voie de fait telle qu'elle avait été conçue à l'époque par le « grand arrêt » *Action française* (T. confl. 17 juin 2013, n° 3911, *Bergoend c/ ERDF Annecy Léman*, Lebon [1](#) ; AJDA 2013. 1568 [1](#), chron. X. Domino et A. Bretonneau [1](#) ; AJDI 2014. 124, étude S. Gilbert [1](#) ; RFDA 2013. 1041, note P. Delvolvé [1](#), abandonnant T. confl. 8 avr. 1935, n° 0822, *Action française*, Lebon 1226 [1](#), *GAJA* n° 46, 19<sup>e</sup> éd.) ont pu mériter cette qualification. En matière contractuelle, il en a été de même de chacune des grandes percées conceptuelles initiées par la création du « recours *Tropic* » (CE, ass., 16 juill. 2007, n° 291545, *Société travaux signalisation*, Lebon 360 avec les concl. [1](#) ; AJDA 2007. 1577 [1](#), chron. F. Lenica et J. Boucher ; *GAJA* n° 113 et 116, 19<sup>e</sup> éd. ; [1](#), 1497, tribune S. Braconnier [1](#), 1777, tribune J.-M. Woehrling [1](#) ; D. 2007. 2500 [1](#), note D. Capitant [1](#) ; RDI 2007. 429, obs. J.-D. Dreyfus [1](#), 2008. 42, obs. R. Noguellou [1](#), 2009. 246, obs. R. Noguellou [1](#) ; RFDA 2007. 696, concl. D. Casas [1](#), 917, étude F. Moderne [1](#), 923, note D. Pouyaud [1](#), et 935, étude M. Canedo-Paris [1](#) ; RTD civ. 2007. 531, obs. P. Deumier [1](#) ; RTD eur. 2008. 835, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar [1](#)) et prolongées par les deux tomes de la jurisprudence *Commune de Béziers* (CE, ass., 28 déc. 2009, n° 304802, Lebon 509 avec les concl. [1](#) ; AJDA 2010. 142 [1](#), chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi [1](#) ; D. 2011. 472, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson [1](#) ; RDI 2010. 265, obs. R. Noguellou [1](#) ; AJCT 2010. 114, Pratique O. Didriche [1](#) ; RFDA 2010. 506, concl. E. Glaser [1](#), et 519, note D. Pouyaud [1](#) ; RTD com. 2010. 548, obs. G. Orsoni [1](#), et CE, sect., 21 mars 2011, n° 304806, Lebon 117 avec les concl. [1](#) ; AJDA 2011. 670 [1](#), chron. A. Lallet [1](#) ; RDI 2011. 270, obs. S. Braconnier [1](#) ; AJCT 2011. 291 [1](#), obs. J.-D. Dreyfus [1](#) ; RFDA 2011. 507, concl. E. Cortot-Boucher [1](#), et 518, note D. Pouyaud [1](#)).

Il est toutefois plus rare de pouvoir employer, pour qualifier une jurisprudence, le terme de révolution dans son sens premier, celui d'un retour au point de départ d'un cycle qui s'achève. Le prétexte nous en est donné par la décision *Département de Tarn-et-Garonne*, par laquelle l'assemblée du contentieux du Conseil d'Etat, en ouvrant aux tiers un recours de plein contentieux en contestation de validité du contrat, en revient formellement à l'état du droit qui prévalait à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, au temps où le prétoire du juge administratif du contrat semblait ouvert à tous (CE 18 juin 1860, *Duc de Clermont-Tonnerre*, Lebon 460, et CE 30 avr. 1863, *Ville de Boulogne*, Lebon 404) et où la théorie dite de l'incorporation attirait dans son orbite l'ensemble des actes qu'on en détacha ensuite au début du siècle suivant (v. E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*).

Plus exactement, la décision *Département de Tarn-et-Garonne* est, pour le contentieux contractuel, une révolution dans tous les sens du terme. Elle a d'ailleurs tous les attributs d'une révolutionnaire, elle qui, pour renouer avec les préceptes initiaux de la jurisprudence contractuelle, brise un dogme - celui (ébréché) selon lequel le contrat, loi des parties, devrait rester inaccessible aux tiers (CE 24 déc. 1897, *Le Buf*, Lebon 48, pour l'exclusion du contrat du champ de l'excès de pouvoir, et CE, sect., 17 janv. 1936, *Ligue des consommateurs d'électricité et ville de Tonneins*, Lebon 76, pour la fermeture aux tiers de l'accès au juge du contrat) -, brûle une idole - celle (plus critiquée qu'adorée) de l'acte détachable (CE 11 déc. 1903, *Commune de Gorre*, Lebon 771, pour les parties et, surtout, CE 4 août 1905, n° 14220, *Martin*, Lebon 749 [1](#), *GAJA* n° 15, 19<sup>e</sup> éd., pour les tiers) - et se nourrit d'idées neuves sur l'office du juge du contrat. Autant dire que, s'il s'apparente formellement à l'ancien régime, le système qui en résulte marque en réalité l'avènement d'un paradigme résolument novateur. Nous n'en décrivons d'ailleurs l'idéologie qu'avec prudence, tant les premières décisions qui seront prises sous son empire s'avéreront cruciales pour déterminer s'il s'apparente à un régime d'ouverture ou, au contraire, de resserrement de l'accès des tiers à la contestation de la légalité des contrats.

### Les raisons du changement

Rapporteurs publics et doctrine ont à ce point conjugué leurs efforts pour dénoncer l'essoufflement du millefeuille jurisprudentiel et législatif gouvernant la justiciabilité des contrats administratifs qu'il pourrait sembler superflu de revenir sur les motifs qui ont amené l'assemblée du contentieux à changer de paradigme. Si nous nous livrons malgré tout à l'exercice, c'est avant tout pour montrer qu'à côté des évidentes raisons négatives qui poussaient au changement, des raisons positives expliquent que le pas, longtemps envisagé avec crainte, ait pu être sereinement franchi.

Les défauts du système contentieux qui préexistait à la décision *Département de Tarn-et-Garonne* sont connus. Ils peuvent se résumer en trois temps.

Premièrement, les voies de recours ouvertes aux tiers en matière contractuelle, variant selon la qualité des justiciables et les étapes de la vie du contrat, étaient devenues innombrables, de sorte qu'il était à tout le moins difficile pour un requérant potentiel de savoir laquelle emprunter pour parvenir à ses fins, et pour les parties contractantes de prédire d'où viendrait un éventuel choc contentieux.

Le dogme de l'inaccessibilité des tiers au contrat n'avait initialement pour tempérament que le recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat, ouvert à tous vents en raison d'une conception particulièrement libérale de l'intérêt pour agir et d'une définition remarquablement extensive de la notion d'acte détachable (v., pour l'artificielle décision de signer le contrat révélée par sa signature, CE 9 nov. 1934, *Chambre de commerce de Tamatave*, Lebon 1034). Mais à ce droit commun des tiers se sont rapidement ajoutées les voies de droit spécifiques ouvertes à deux catégories « privilégiées » de tiers aux contrats. Le préfet, en premier lieu, chargé du contrôle administratif et du respect des lois, dispose, depuis la loi du 2 mars 1982, d'un déferé préfectoral pouvant aboutir à l'annulation du contrat (CE 2 nov. 1988, n° 64954, *Commissaire de la République des Hauts-de-Seine c/ OPHLM de Malakoff et Société NCR*, Lebon T. 659 [1](#)). Il en dispose même au-delà du champ que lui a assigné le législateur, la jurisprudence l'ayant corrélativement ouvert à l'encontre des contrats non soumis à l'obligation de transmission au titre du contrôle de légalité (CE 4 nov. 1994, n° 99643, *Département de la Sarthe*, Lebon [1](#) T. 801 ; AJDA 1994. 898 [1](#), concl. C. Maugüé [1](#)). Les candidats évincés [1](#)(1), en second lieu, pouvaient, depuis les lois n° 92-10 du 4 janvier 1992 et n° 93-1416 du 29 décembre 1993, tenter de

revenir dans la course par la voie du référé précontractuel, qui faisait pour sa part l'objet d'une lecture restrictive dans le cadre de la jurisprudence *SMIRGEOMES* (CE, sect., 3 oct. 2008, n° 305420, Lebon 324 avec les concl.  ; AJDA 2008. 2161 , chron. E. Geffray et S.-J. Liéber , 2374, étude P. Cassia  ; RDI 2008. 499, obs. S. Braconnier  ; RFDA 2008. 1128, concl. B. Dacosta , et 1139, note P. Delvolvé ), assorti du frêle prolongement qu'en constitue le référé contractuel. Ils peuvent surtout, depuis 2007, former un « recours *Tropic* » en contestation de la validité du contrat.

Il faut encore ajouter à la liste de ces recours ouverts aux tiers qui n'en sont pas vraiment les recours ouverts à tous contre les stipulations contractuelles qui n'en sont pas vraiment. On pense aux recours pour excès de pouvoir ouverts contre les clauses réglementaires d'un contrat (CE, ass., 10 juill. 1996, n° 138536, *Cayzeele*, Lebon 274  ; AJDA 1996. 807 , et 732, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot  ; RFDA 1997. 89, note P. Delvolvé ), regardées comme par nature divisibles de l'ensemble du contrat lui-même (CE, sect., 8 avr. 2009, n° 290604, *Association Alcaly*, Lebon 112  ; AJDA 2009. 678 , et 2437, chron. S. Nicinski, E. Glaser et P.-A. Jeanneney  ; RFDA 2009. 463, concl. N. Boulouis ), et contre les contrats de recrutement de la fonction publique (CE, sect., 30 oct. 1998, n° 149662, *Ville de Lisieux*, Lebon 375 avec les concl.  ; AJDA 1998. 1041 , et 969, chron. F. Raynaud et P. Fombeur  ; D. 1998. 258  ; AJFP 1999. 5 , 4, note P. Boutelet  ; RFDA 1999. 128, concl. J.-H. Stahl , et 139, note D. Pouyaud ), dont la nature faussement contractuelle avait été reconnue dès avant la décision *Ville de Lisieux* (not. CE 9 juin 1948, *Sieur Cousin*, Lebon 254 ; CE, sect., 25 mai 1979, n° 06436, *M<sup>me</sup> Rabut*, Lebon 231 , concl. B. Genevois) et est encore plus nettement assumée depuis (CE, sect., 31 déc. 2008, n° 283256, *Cavallo*, Lebon 481 avec les concl.  ; AJDA 2009. 142 , chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi  ; AJFP 2009. 153 , note G. Calley  ; RFDA 2009. 89, concl. E. Glaser ).

Enfin, l'empilement des recours se doublait d'une multiplication des juges - de l'annulation, de l'injonction, du contrat - qui, bien que se confondant dans une seule et même personne, étaient dotés chacun d'un office particulier (et ce, malgré les ajustements opérés par les jurisprudences, CE 21 févr. 2011, n° 337349, *Société Ophrys, Communauté d'agglomération Clermont-Communauté*, Lebon 54  ; AJDA 2011. 356  ; RDI 2011. 277, obs. R. Noguellou  ; AJCT 2011. 419, obs. F. Scanvic , pour le juge de l'exécution, et CE 23 déc. 2011, n° 348647, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration*, Lebon 662  ; AJDA 2012. 5 , et 1064 , note M. Quyyollet  ; RDI 2012. 282, obs. R. Noguellou  ; RFDA 2012. 683, note P. Delvolvé  pour le juge du déféré préfectoral en matière contractuelle ; v., également, pour une adaptation modeste, mais significative, de l'office du juge de l'excès de pouvoir aux spécificités contractuelles, CE 8 juin 2011, n° 327515, *Commune de Divonne-les-Bains*, Lebon  ; AJDA 2011. 1172 , et 1685 , note J.-D. Dreyfus  ; AJCT 2011. 402 , obs. G. Le Chatelier , qui lui fait obligation d'ignorer le caractère rétroactif de l'acte régularisant l'acte détachable annulé).

Deuxièmement, parmi ces voies de recours, celle du recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables était devenue quasiment impraticable. Plus exactement, son caractère difficilement praticable, plutôt perçu comme un avantage au temps de la jurisprudence *Martin*, dont la portée quasi « platonique » avait été un des principaux arguments de promotion dans les conclusions du président Romieu, était progressivement devenu insupportable. En jetant pour la première fois un pont entre le contentieux de l'acte détachable et celui du contrat, la conjugaison des jurisprudences *Société le Yacht-Club international de Bormes-les-Mimosas* (CE 1<sup>er</sup> oct. 1993, n° 54660, Lebon T. 874  ; AJDA 1993. 810 , concl. M. Pochard  ; RFDA 1994. 248, note B. Pacteau , qui permet au juge du contrat de prononcer, au besoin d'office, la nullité du contrat lorsque l'illégalité de l'acte détachable annulé l'implique), *Epoux Lopez* (CE, sect., 7 oct. 1994, n° 124244, Lebon 430 avec les concl.  ; AJDA 1994. 914 , 867, chron. L. Touvet et J.-H. Stahl  ; RDI 1995. 93, obs. J.-B. Auby et C. Maugüé  ; RFDA 1994. 1090, concl. R. Schwartz , et 1098, note D. Pouyaud , qui permet au juge de l'exécution d'enjoindre à la collectivité de saisir le juge du contrat pour qu'il tire les conséquences de l'annulation de l'acte détachable), et *Institut de recherche pour le développement* (CE 10 déc. 2003, n° 248950, Lebon 501  ; AJDA 2004. 394 , note J.-D. Dreyfus  ; RDI 2004. 296, obs. J.-D. Dreyfus , qui définit l'office du juge de l'exécution dans un tel cas), a commencé à résoudre le problème, mais l'a paradoxalement rendu plus perceptible, la méthode consistant à faire traverser au requérant une « étrange course d'obstacles » (v. les prophétiques conclusions du président Stahl sur l'affaire *Ville de Lisieux*, préc., RFDA 1999. 128), en assumant le risque qu'il se décourage ayant quelque chose d'intrinsèquement dérangeant.

Troisièmement et, pensons-nous, surtout, les objectifs que poursuivait la sophistication extrême de la jurisprudence n'étaient plus atteints. Rappelons qu'à sa décharge, le juge administratif du contrat est, du fait de la nature particulière du contrat de droit public, placé face à un dilemme qui n'encombre pas le juge judiciaire : il doit, certes, d'un côté, protéger comme lui la stabilité des relations contractuelles mais il ne peut pour autant, contrairement à lui, faire trop peu de cas du respect du principe de légalité par des contrats conclus sur les deniers publics (et gouvernés à ce titre par le principe d'égalité devant la commande publique) et ayant pour objet le service public dont les conditions de réalisation affectent directement les usagers. Or, les mêmes raisons qui faisaient que le principe de légalité n'était, du fait de la complexité de la procédure à suivre, qu'imparfaitement protégé, pesaient paradoxalement sur la stabilité des relations contractuelles. Dès lors qu'il n'était pas, *in fine*, impossible qu'un tiers parvienne à faire annuler le contrat, la longueur de la course d'obstacles se retournait en effet contre les parties puisqu'elle prolongeait d'autant la période d'incertitude qui pesait sur la survie du contrat.

Mais, ainsi que nous l'avons dit, l'assemblée du contentieux avait également des motifs de se réjouir, qui l'ont conduite à partager l'enthousiasme du rapporteur public Bertrand Dacosta pour la solution innovante que proposaient ses lumineuses conclusions.

En premier lieu, et c'est là le principal, le juge du contrat s'est progressivement doté de nouveaux outils de protection de la stabilité des relations contractuelles. Ni dans le recours *Tropic*, ni dans les recours *Commune de Béziers I* et *II*, l'annulation du contrat n'est plus la norme - elle est, au contraire, l'exception. Il n'y avait aucune raison de ne pas faire bénéficier le contentieux contractuel initié par les « vrais » tiers de telles innovations. Et dès lors que le juge du contrat n'était plus placé devant l'alternative binaire entre rejet du recours en contestation de validité et déclaration de nullité du contrat, les raisons qui avaient conduit à fermer son prétoire aux tiers perdaient sensiblement de leur force. En d'autres termes, pour éviter qu'un nombre indéfini de tiers puisse provoquer, y compris pour des irrégularités vénielles et à rebours de l'intérêt général, la résolution de tout contrat, il n'était plus besoin de les tenir éloignés du juge, celui-ci pouvant désormais sciemment, dans ces hypothèses, refuser de procéder à cet anéantissement.

En deuxième lieu - et l'argument est ici plus psychologique que juridique -, des désinhibitions successives ont eu raison des réticences de l'assemblée à franchir le pas, elle qui, en 2007 encore, s'était montrée trop frileuse pour suivre les conclusions annonciatrices de Didier Casas sur l'affaire *Tropic* (RFDA 2007. 696 ). La jurisprudence *Ville de Lisieux*, bien qu'elle ne constitue qu'en apparence une exception au dogme de l'insaisissabilité du contrat par les tiers puisqu'elle était avant tout justifiée par le caractère faussement contractuel des actes concernés, a malgré tout permis au Conseil d'Etat, éclairé par des conclusions plus larges dans leur spectre contractuel, de consentir une première avancée, extrêmement circonscrite, dans le sens de la décision commentée. Bien plus, la pratique du recours *Tropic*, qui n'a donné lieu en plus de six ans d'existence qu'à une quarantaine de litiges devant les juges du fond, lui a permis de se rassurer quant à la portée pratique de l'*aggiornamento* (les tiers les plus intéressés ne s'y intéressant pas démesurément) tout en s'acclimant à son maniement. Enfin, l'habitude prise, dans les années récentes, de moderniser à tout va le contentieux contractuel n'a pu que contribuer à lever les réticences au changement.

En troisième lieu, et de façon plus indirecte, le deuxième grand apport de la jurisprudence *Tropic*, à savoir la possibilité de moduler dans le temps les effets d'un revirement de jurisprudence, a levé sur un plan très pratique les difficultés suscitées par un tel changement. Dans ses conclusions déjà citées sur l'affaire *Ville de Lisieux*, le président Stahl soulignait « la difficulté de passer d'un système à l'autre. Changer de jurisprudence dans cette matière ne facilite pas le traitement des contentieux en cours ». Rien de tel, en l'espèce, l'assemblée du contentieux ayant pu décider que ne s'appliqueraient qu'aux contrats signés à compter de la lecture de sa décision le nouveau cadre contentieux qu'il est grand temps, à présent, de décrire.

### **Les contours du changement** **Une simplification du paysage contractuel**

La décision *Département de Tarn-et-Garonne* ouvre donc aux tiers un recours de plein contentieux en contestation de validité des contrats administratifs conclus à compter du 4 avril 2014 (date de lecture de la décision), qui peut être assorti d'une demande de suspension et de conclusions indemnitaires, et doit être formé dans un délai de deux mois après l'accomplissement des mesures de publicité du contrat. Cette nouvelle voie de recours n'affecte en rien les actions dont disposent les parties au contrat contre ce dernier, ni les actions ouvertes à tous contre ses clauses réglementaires, qui n'ont de contractuel que le nom. Elle s'ajoute naturellement aux voies de recours prévues par la loi que le Conseil d'Etat n'aurait en tout état de cause pas pu faire disparaître, à savoir les référés précontractuels (que la décision n'éprouve pas le besoin d'évoquer, parce qu'il ne saurait être dirigé contre le contrat qui, par définition, n'est alors pas encore signé) et contractuel, régi par les articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative. Elle se substitue, en revanche, totalement au recours *Tropic*, qu'elle absorbe, ainsi qu'au déferé préfectoral contre le contrat lui-même, dont elle devient la nouvelle modalité d'examen. Elle ferme enfin totalement la porte au recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat (c'est le sens de l'affirmation selon laquelle « la légalité du choix du cocontractant, de la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de le signer ne peut être contestée qu'à l'occasion du recours ainsi défini »), à deux exceptions près. Celle, en premier lieu, du préfet, qui conserve cette possibilité jusqu'à la conclusion du contrat : une telle exception était nécessaire à la pleine préservation de ce recours législatif, correspondant au surplus à une exigence constitutionnelle, et reste limitée dans sa portée, puisqu'à la date de la conclusion du contrat, les recours non encore jugés perdront leur objet. Celle, en second lieu, des actes détachables d'un contrat de droit privé, pour lesquels l'exception de recours parallèle devant le juge administratif ne saurait valoir, le contrat lui-même n'étant par construction pas justiciable de la nouvelle voie de recours.

Au passage, la décision se livre à une énumération apparemment exhaustive de ce qui doit être regardé comme un acte anciennement détachable et désormais « rattaché » dans le cadre de la nouvelle voie de recours, à savoir le choix du cocontractant, la délibération autorisant la conclusion du contrat et la décision de le signer. Nous confessons qu'un certain halo de mystère nous semble entourer le sort d'actes situés trop en amont du contrat pour avoir jamais mérité la qualification d'actes détachables (v., not., la délibération décidant du principe du recours à une délégation de service public - CE 24 nov. 2010, n° 318342, *Association fédération d'action régionale pour l'environnement*, Lebon T. 603-886 [📄](#) ; AJDA 2010. 2287 [📄](#)), dont les conséquences d'une (bien hypothétique) annulation dans le cadre du recours pour excès de pouvoir qui semble rester ouvert contre eux resteraient à préciser. Le même mystère préside à la destinée des actes détachables d'un genre particulier que sont les décisions d'approbation, qui ne trouvent pas leur place dans l'énumération à laquelle procède la décision et dont le rapporteur public suggérerait qu'elles pourraient continuer d'être justiciables d'un recours pour excès de pouvoir dans la mesure où seraient contestés leurs vices propres - toute autre contestation mettant en cause la passation ou le contenu du contrat devant, sauf à troubler la simplification salutaire opérée, être déportée vers le juge du contrat par des voies qui restent à tracer.

### **Le maintien de la distinction entre tiers privilégiés et tiers Etat**

L'articulation du recours *Tarn-et-Garonne* avec les autres voies de recours ouvertes aux tiers est un premier indice de ce qu'il faut se garder d'une vision trop universaliste de la décision commentée, perçue comme conférant au troisième ordre - celui des tiers indistincts - les mêmes droits, en matière de contentieux contractuel, que ceux accordés aux tiers distingués que sont, d'une part, les préfets et les membres des organes délibérants des collectivités territoriales et, d'autre part, les concurrents évincés. L'intuition selon laquelle cette hiérarchie entre catégories de tiers perdure est confortée par l'analyse des conditions de recevabilité du recours et d'opérance des moyens susceptibles de le faire aboutir, apposées sur la porte contentieuse nouvellement ouverte à la manière de deux solides verrous.

S'agissant tout d'abord de l'intérêt pour agir, la décision précise expressément qu'il est automatiquement acquis au préfet de département, pour permettre le plein exercice de son rôle constitutionnel de garant de la légalité tel qu'orchestré par la loi, ainsi qu'aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné par le contrat, en vertu du principe constitutionnel de libre administration. Les autres tiers devront, pour leur part, démontrer qu'ils sont susceptibles d'être lésés dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation du contrat ou ses clauses pour pouvoir l'attaquer. Ce sera chose aisée, et même systématique, pour les « candidats évincés » auxquels était auparavant ouvert le recours *Tropic*, par nature susceptibles d'être lésés au moins par la passation du contrat. Ce sera chose beaucoup moins évidente pour le reste des tiers, qui devront consentir, pour justifier de leur intérêt pour agir, des efforts bien plus importants qu'au temps du recours contre les actes détachables. La rançon de l'accès au juge du contrat et à l'efficacité de ses sentences est, logiquement, une subjectivation du contentieux défavorable aux recours introduits de façon désincarnée dans le seul intérêt de la légalité, qu'il pouvait sembler judicieux d'admettre au temps de la jurisprudence *Martin* où l'annulation de l'acte détachable avait pour seul effet de faire dire le droit au juge sans conséquence directe pour le contrat.

Il faut relever à cet égard que la formulation choisie par l'assemblée du contentieux témoigne de sa volonté de calibrer le plus justement possible la recevabilité du recours. L'exigence d'un « droit lésé », conforme aux canons du plein contentieux, aurait disqualifié d'office la grande majorité des tiers, en raison de l'effet relatif des contrats. Celle, retenue, d'un intérêt lésé, d'ailleurs significativement importée du monde de l'excès de pouvoir, dans les derniers développements de la jurisprudence relative aux actes détachables (CE 11 mai 2011, n° 331153, *Société lyonnaise des eaux France venant aux droits de la Société de distribution d'eau intercommunale*, Lebon T. 1018 [📄](#) ; AJDA 2011. 989 [📄](#), et 2027 [📄](#), note B. Rousseau [📄](#) ; AJCT 2011. 472, obs. A. Burel [📄](#)), évite cet écueil tout en resserrant le degré d'exigence pesant, notamment, sur les associations et les contribuables, afin d'éviter les contestations trop systématiques.

S'agissant des moyens opérants, la décision les limite, sauf pour le préfet et les membres des assemblées territoriales concernées, aux « vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont [les tiers] se prévalent ou d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office ». La construction n'est pas sans audace, qui établit, dans une logique proche, mais cette fois sans texte, de celle de la jurisprudence *SMIRGEOMES*, un lien indéfectible entre intérêt pour agir et moyens invocables. Elle rompt ce faisant avec la logique qui avait été initialement consacrée dans le cadre du recours *Tropic*, en abandonnant sur ce point la jurisprudence *Société Gouelle* qui permettait au concurrent évincé d'invoquer tout moyen (CE 11 avr. 2012, n° 355446, Lebon 148 [📄](#) ; AJDA 2012. 790 [📄](#), 1109 [📄](#), note P. Cassia [📄](#), et 2013. 1268, étude O. Agnus [📄](#) ; RDI 2012. 398, obs. S. Braconnier [📄](#) ; AJCT 2012. 435, obs. S. Hul [📄](#)). Cette fois, si la décision prend soin d'éviter les couperets trop définitifs, elle semble bien affecter « à la baisse » le stock d'armes contentieuses dont disposaient dans l'état du droit antérieur les candidats évincés, qui devront se concentrer, pour l'essentiel, sur des moyens tirés des irrégularités de passation du contrat et, parmi elles, sur celles qui ont pu affecter leur propre situation, et les autres tiers qui auront sans

doute plus de difficulté que par le passé à contester d'éventuelles irrégularités de passation et devront concentrer leur énergie sur l'irrégularité des clauses (celle fixant le prix pour le contribuable, par exemple), qui les concerne directement.

Il s'agit donc d'un verrou puissant, qui ferait la part trop belle à la stabilité de relations contractuelles si n'existaient pas deux réserves de nature à assurer un degré de protection satisfaisant du principe de légalité. D'une part, il ne supprime pas la possibilité d'un recours sans oeillette, mais concentre la possibilité de le former dans les mains des seuls préfets et des élus des collectivités territoriales qui, toujours recevables à agir, pourront, « compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, [...] invoquer tout moyen à l'appui [de leur] recours ». D'autre part, la catégorie des vices « d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office » évitera qu'un vice de consentement radical reste impuni ou qu'un contrat dont l'objet est illicite puisse échapper à l'annulation.

### Un gant de velours pour le juge du contrat

Nous serons brefs sur la description de l'office du juge, dont nous avons vu que la souplesse était l'une des conditions mises à l'ouverture d'une action contre le contrat aux tiers, et qui reprend dans ses grandes lignes celui dessiné par la jurisprudence *Tropic* et adapté depuis par la jurisprudence *Commune de Béziers I*. Tout juste la décision procède-t-elle à de modiques ajustements terminologiques, visant à clarifier les hypothèses dans lesquelles l'annulation du contrat est possible : le célèbre « notamment » de *Béziers I* saute ainsi et laisse place à une énumération explicitant que seuls les vices que le juge est tenu de relever d'office peuvent mener à l'annulation. Elle rappelle également la possibilité, qui semble ouverte à tous les titulaires du recours, d'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés. Si les tiers perdent la satisfaction symbolique de pouvoir faire relever au juge toute illégalité du contrat par le truchement de l'acte détachable, ils y gagnent une possibilité de compensation matérielle de nature à limiter la nostalgie de la jurisprudence *Martin* - même si l'exigence, à ce stade, d'un droit lésé rend l'indemnisation hypothétique hors du champ des concurrents évincés.

Relevons, pour finir, que la modulation dans le temps du revirement de jurisprudence opéré a fourni à l'assemblée l'occasion de faire une application aussi originale qu'opportune, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir sur lequel elle a statué, de la jurisprudence *Danthony* (CE, ass., 23 déc. 2011, n° 335033, Lebon [📄](#) ; AJDA 2012. 195 [📄](#), chron. X. Domino et A. Bretonneau [📄](#), et 1484, étude C. Mialot [📄](#) ; D. 2013. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot [📄](#) ; AJDI 2014. 16, étude S. Gilbert [📄](#) ; RFDA 2012. 284, concl. G. Dumortier [📄](#), 296, note P. Cassia [📄](#), et 423, étude R. Hostiou [📄](#)), en neutralisant les effets d'une irrégularité vénielle entachant - c'est le point d'intérêt - non pas la procédure d'élaboration de l'acte détachable attaqué mais celle de la passation du contrat auquel il se rattachait. Il s'agit, bien entendu, d'un hasard mais, celui-ci faisant bien les choses, nous en profitons pour souligner la parenté qui nous semble exister entre cette jurisprudence souple et pragmatique et celle qui permet désormais, en matière contractuelle, d'ajuster au mieux la sanction des irrégularités constatées à la nature et l'ampleur de cette dernière, ainsi qu'aux exigences de l'intérêt général. Une révolution en entraînant souvent une autre, faut-il se prendre à imaginer que les hybridations consenties en matière de contentieux contractuel, inimaginables il y a un siècle, puissent essaimer au-delà ? Sans nous risquer à prophétiser la fin de la distinction binaire entre recours de plein contentieux et recours pour excès de pouvoir, nous formons en tous cas le vœu, que faisait déjà le président Stahl dans ses conclusions déjà citées sur la décision *Ville de Lisieux, préc.*, que la classification des recours contentieux soit au service des recours et ne puisse faire obstacle à l'exercice utile des actions contentieuses.

#### Mots clés :

**PROCEDURE CONTENTIEUSE** \* Règle générale de procédure \* Qualité pour agir \* Contrat \* Tiers \* Recours en plein contentieux \* Contrat \* Tiers

**CONTRAT ADMINISTRATIF** \* Formation \* Tiers \* Recours

(1) Pour mémoire, les adjudicataires évincés disposaient déjà, au XIX<sup>e</sup> siècle, d'un privilège de juridiction leur permettant, avant la théorie de l'acte détachable, de former un recours pour excès de pouvoir contre les actes portant adjudication d'un marché (CE 28 janv. 1836, *Séguin*, Lebon 263 ; CE 26 juill. 1851, *Martin*, Lebon 537 ; CE 1<sup>er</sup> mars 1866, *Martin*, Lebon 200).