

RFDA 2007 p. 923

Un nouveau recours contentieux : le recours en contestation de la validité du contrat à la demande du concurrent évincé (1)Note sous Conseil d'Etat, Assemblée, 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe* (2)

Dominique Pouyaud, Professeur à l'Université Paris Descartes (Paris 5)

**

Saisi d'un pourvoi en cassation contre une ordonnance du juge des référés du Tribunal administratif de Basse-Terre refusant de suspendre un contrat, le Conseil d'Etat, dans l'arrêt *Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe*, a créé, par voie prétorienne, un nouveau recours (3), le recours en contestation de la validité des contrats. L'affaire a fait l'objet d'un traitement contentieux particulièrement solennel : elle a été instruite en Section du contentieux (4), délibérée en Assemblée et a donné lieu à une conférence de presse, selon la formule inaugurée en février dernier pour les décisions les plus importantes.

La Chambre de commerce et d'industrie de Pointe-à-Pitre, à la suite d'un appel d'offres portant sur l'attribution d'un marché concernant le marquage des aires d'avion et de chaussées routières de l'aéroport de Pointe-à-Pitre Le Raizet, a retenu l'offre de la société Rugoway. La société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe, candidate évincée, a alors saisi le tribunal administratif d'une demande d'annulation de plusieurs actes : la décision rejetant son offre, celle retenant la candidature de la société Rugoway, celle de signer le marché et le marché lui-même. Elle demandait parallèlement la suspension de ces actes. Par une ordonnance du 2 mars 2006, le juge des référés du Tribunal de Basse-Terre avait rejeté cette demande pour irrecevabilité au motif que la suspension ne pouvait être accordée dès lors que le marché avait été entièrement exécuté. La motivation était assurément erronée puisque, signé pour une durée de trois ans, le marché était en cours d'exécution. Mais le Conseil d'Etat aurait pu procéder à une substitution de motif et rejeter le pourvoi en considérant que le requérant ne pouvait demander la suspension d'un acte dont il n'était pas recevable à solliciter l'annulation. Une jurisprudence constante voulait, jusqu'à cet arrêt, que les candidats évincés, à l'instar de tous les tiers, ne fussent pas recevables à demander l'annulation du contrat et, par voie de conséquence, à en demander la suspension.

Ce n'est pas cette solution classique qui a été adoptée par le Conseil d'Etat. Il a au contraire admis que la suspension pouvait être demandée accessoirement à un recours en annulation contre le contrat et a annulé l'ordonnance de référé pour erreur de droit tenant à ce que le juge des référés avait rejeté « comme irrecevables les conclusions de la société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe 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 Guadeloupe s'était portée candidate à l'attribution de ce marché ». Le Conseil d'Etat, réglant l'affaire au titre de la procédure de référé engagée, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, a cependant rejeté la demande de suspension car le seul motif d'illégalité invoqué - le détournement de pouvoir - n'était pas, en l'état de l'instruction, de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité du marché. Il a par ailleurs rejeté pour irrecevabilité les conclusions à fin de suspension concernant les actes détachables du contrat.

Le Conseil d'Etat a créé par cette décision un recours de plein contentieux grâce auquel les concurrents évincés peuvent obtenir l'annulation d'un contrat. Il avait déjà admis, par voie prétorienne, que les tiers intéressés demandent l'annulation des contrats d'engagement d'agents publics, mais, s'agissant de « faux contrats », très proches des actes unilatéraux de nomination des fonctionnaires, l'arrêt *Ville de Lisieux* (5) ne constituait pas une décision révolutionnaire. La décision *Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe* va beaucoup plus loin puisque, si elle ne concerne que certains tiers étroitement définis, elle intéresse un très grand nombre de contrats et crée une voie de droit entièrement nouvelle, offrant au juge une gamme très variée de solutions pour sanctionner les irrégularités du contrat.

C'est une décision très riche qui constitue un progrès considérable pour les concurrents évincés, sans pour autant porter atteinte à la sécurité contractuelle, mais qui rend encore plus complexe le contentieux des contrats.

Le recours en contestation de validité et le concurrent évincé

Le nouveau recours contre le contrat constitue sans aucun doute un progrès pour les concurrents évincés qui disposent désormais d'un recours à la fois efficace et simple à exercer. Il se substitue, en ce qui les concerne, au recours pour excès de pouvoir dont ils disposaient contre les actes détachables du contrat (6), de nature à aboutir à des résultats similaires, mais par des voies détournées, complexes et artificielles. Le nouveau recours représente pour eux une simplification bienvenue.

A - Après une période où, au 19^e siècle, à une époque où les contrats administratifs étaient rares, le recours pour excès de pouvoir était recevable à leur encontre, le juge administratif, dès la fin du siècle, a tiré toutes les conséquences à la fois de la distinction des contentieux et de l'effet relatif du contrat en supprimant le recours pour excès de pouvoir contre le contrat et en réservant aux seules parties l'accès au juge du plein contentieux. Il est cependant vite apparu que les tiers pouvaient être concernés par certains contrats, et l'on a cherché à leur donner des moyens d'action, tout en restant fidèle aux principes traditionnels.

La théorie du « tout indivisible », aux termes de laquelle, une fois conclu, le contrat constituait un tout avec les actes, purement préparatoires, qui avaient contribué à sa formation a été abandonnée lorsqu'on a analysé le contrat comme un acte complexe entouré d'actes unilatéraux lui servant de support et pouvant faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. La théorie des actes détachables s'est progressivement développée au cours du 20^e siècle à partir de l'arrêt *Martin* (7) pour permettre aux tiers, comme aux parties, d'obtenir l'annulation d'actes détachables des contrats administratifs ou de droit privé de l'administration, que ce soit matériellement - délibérations des assemblées locales autorisant la passation, opérations d'adjudication ou d'appel d'offres, concours... - ou même intellectuellement : décision de signer le contrat. Les moyens invocables se sont diversifiés, englobant à la fois ceux tirés des illégalités propres à l'acte détachable et ceux tenant aux irrégularités entachant le contrat lui-même que les actes détachables sont censés « s'approprier ».

Pour donner aux tiers un certain droit de regard sur le contrat, sans pour autant sacrifier le principe de l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir à son encontre, on en est ainsi arrivé à des distinctions parfaitement artificielles. La frontière est en effet mince entre le recours tendant à l'annulation de la convention et celui visant l'annulation de la décision fictive de la conclure, particulièrement lorsque la requête est fondée sur des motifs tirés de l'irrégularité du contrat lui-même. Cependant, alors que le recours contre l'acte détachable est recevable, le recours contre le contrat ne l'est pas. La théorie des actes détachables affecte la notion même de contrat administratif. Il en résulte qu'il est difficile

de l'analyser comme un pur accord de volontés, à la fois parce que la théorie de l'acte détachable montre par elle-même l'ambivalence du contrat, irréductible à un simple accord de volontés, et parce qu'admettre la détachabilité de l'acte de passation revient à analyser le contrat comme la juxtaposition de deux actes unilatéraux plutôt que comme un acte bilatéral. De plus la détachabilité est liée à la divisibilité de l'acte. Or, généralement, ne sont divisibles que des actes accessoires et il est difficile d'analyser la décision de conclure le contrat, essentielle à la formation du lien contractuel, comme un acte accessoire.

L'annulation de l'acte détachable, qui n'a aucun effet automatique sur l'existence du contrat, pendant longtemps n'était souvent que « platonique » pour reprendre l'expression toujours citée de Romieu. Elle est devenue efficace lorsque, grâce au juge de l'exécution, les tiers ont pu contraindre les personnes publiques à saisir le juge du contrat. La disparition du contrat, consécutive à l'annulation de l'acte détachable, est en effet subordonnée à l'action des parties, seules habilitées à saisir le juge du plein contentieux pour lui en faire constater la nullité. Comme elles souhaitent généralement que l'exécution de leur contrat se poursuive, elles ne saisissent pas spontanément le juge, ainsi qu'en témoigne l'absence de jurisprudence.

Il a fallu attendre que les tiers puissent contraindre les parties à saisir le juge pour que la théorie des actes détachables devienne efficace. Ce sont les réformes législatives relatives au pouvoir d'astreinte et d'injonction du juge administratif qui ont permis ce progrès, rendu nécessaire par l'évolution des mentalités qui ne se contentent plus de satisfactions purement intellectuelles et qui, sous l'influence du droit communautaire et conventionnel, revendiquent le droit à un recours effectif. Depuis l'arrêt *Lopez* (7), le juge de l'exécution peut contraindre les personnes publiques à saisir le juge du plein contentieux en application de la loi du 16 juillet 1980 sur les astreintes. La loi du 8 février 1995 donnant au juge un pouvoir d'injonction en vue d'exécuter la chose jugée a permis de simplifier les voies de droit. Depuis cette date, il n'est plus nécessaire de recourir à trois juges différents - juge de l'excès de pouvoir, de l'exécution et du contrat - pour que le contrat disparaisse, comme au temps de l'affaire *Lopez*. Le juge de l'excès de pouvoir, saisi d'une demande en ce sens par le requérant, peut, pour tirer les conséquences de l'annulation d'un acte détachable, enjoindre à l'administration de saisir le juge du contrat pour qu'il en constate la nullité.

Cet aboutissement est cependant aléatoire car le juge de l'excès de pouvoir, ou le juge de l'exécution saisi *a posteriori*, ne prononce pas nécessairement l'injonction sollicitée et la mesure d'exécution de la chose jugée impliquée par l'annulation de l'acte détachable n'est pas toujours la nullité du contrat (8).

Tout dépend du motif de nullité, du lien entre l'acte détachable annulé et le contrat et de considérations d'intérêt général. La chose jugée peut impliquer la « résolution » du contrat par les parties ou, à défaut d'entente entre elles, son annulation par le juge (9), sa résiliation (10), sa régularisation lorsqu'elle est possible (11) ou même, dans certains cas, son maintien, lorsque l'intérêt général impose la poursuite de l'exécution du contrat, sous réserve d'indemniser les tiers (12). Les effets sont encore plus incertains lorsque l'acte annulé est détachable d'un contrat de droit privé comme l'ont montré les péripéties juridiques qu'ont dû affronter les époux *Lopez* (13). En tout état de cause, même si le tiers pouvait finir par obtenir la nullité du contrat dont un acte détachable avait été annulé grâce à des procédures progressivement simplifiées, c'est au prix de mécanismes contentieux qui demeuraient complexes et nécessairement longs. Ils présentaient l'inconvénient de n'aboutir souvent que longtemps après la conclusion du contrat au détriment de la sécurité juridique avec, au surplus, le risque de contradictions entre les solutions adoptées par les différents juges.

Le tiers peut également obtenir l'annulation des clauses réglementaires du contrat. L'identification dans le contrat de dispositions réglementaires est contemporaine de la théorie des actes détachables. Le Conseil d'Etat a analysé certaines dispositions des contrats comme de véritables actes réglementaires et non comme des clauses contractuelles, ce qui a permis aux tiers d'invoquer leur violation à l'appui d'un recours contre des mesures prises par l'administration contractante (14). Ces clauses sont celles qui « seraient susceptibles de se retrouver, si le service était exploité en régie, dans le règlement de la régie » (15). Il a cependant fallu attendre 90 ans pour que ces clauses réglementaires soient susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (16).

Pas plus que celle de l'acte détachable, l'annulation de la clause réglementaire n'entraîne celle du contrat. Leur suppression fragilise le contrat et l'on pourrait concevoir que, à l'instar des actes détachables, leur annulation soit à l'origine de sa disparition. Mais, en pratique, les tiers intéressés, le plus souvent usagers du service public, n'ont en vue que la suppression de la clause et ne souhaitent généralement pas la disparition du contrat. En tout état de cause, ces clauses, par hypothèse en principe divisibles du contrat (17), ne pourraient justifier qu'exceptionnellement l'anéantissement du contrat, car ces dispositions sont rarement déterminantes dans la conclusion de la convention ou essentielles à son équilibre, conditions nécessaires pour que le juge du plein contentieux prononce la nullité de la convention comme conséquence de l'annulation de la disposition réglementaire.

Les tiers n'étaient donc plus totalement démunis à l'égard des contrats administratifs irrégulièrement conclus. Le fait qu'ils soient souvent « intéressés » par les contrats administratifs avait abouti à ne plus leur opposer aussi strictement que jadis l'effet relatif du contrat (18). Sans s'arrêter sur les hypothèses où ils pouvaient obtenir l'annulation pour excès de pouvoir de certaines conventions bien déterminées (19), ils étaient en mesure de fragiliser l'ensemble des contrats par des annulations partielles - de l'acte détachable ou de la disposition réglementaire - pouvant aboutir, essentiellement dans le premier cas, à l'anéantissement du contrat. On ne pouvait nier l'efficacité croissante des mécanismes contentieux, mais il est certain qu'ils demeuraient très complexes.

Outre la volonté de remédier à cette complexité qui se faisait depuis longtemps ressentir, s'est ajouté le souhait du Conseil d'Etat de se conformer par anticipation aux exigences futures du droit communautaire. En effet une réforme de la directive Recours, qui devrait aboutir avant la fin 2007, a été adoptée en première lecture par le Parlement européen. Elle « exige des Etats membres qu'ils aménagent une voie de droit nouvelle, permettant de « priver d'effet » le contrat alors même qu'il a d'ores et déjà été conclu », comme le précisait le commissaire du gouvernement D. Casas (20). L'état du droit antérieur n'offrait pas une telle procédure en France alors que les enseignements du droit comparé montrent que plusieurs Etats, notamment européens, en disposent (21). Il était nécessaire de la créer. Par ailleurs la Cour de justice des Communautés européennes a condamné l'Allemagne le 18 juillet 2007 pour n'avoir pas mis fin à un contrat administratif conclu en violation du droit des marchés publics (22). L'avocat général Trstenjak allait jusqu'à rappeler « l'imposition d'une obligation d'annuler les contrats enfreignant la réglementation des marchés publics ». Une évolution du droit français s'imposait donc à court terme. Elle a été réalisée par l'arrêt *Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe*.

B - Le nouveau recours contre le contrat à la demande des concurrents évincés répond aux contraintes communautaires par une amélioration de la situation des concurrents évincés. Contrairement aux autres tiers qui continuent à ne bénéficier que des voies détournées préexistantes et pour lesquels la situation n'est aucunement changée, les candidats malheureux disposent, pour la première fois, d'un recours devant le juge du plein contentieux dont l'accès était jusqu'alors réservé aux seuls contractants. Cet accès se justifie par le fait que, s'ils ne sont pas parties au contrat, ils ont été dans une situation précontractuelle différente de celle des autres tiers au regard de la personne publique contractante pour laquelle ils étaient des cocontractants virtuels. Ce recours leur permet d'obtenir directement l'annulation de contrats auxquels ils sont tiers.

Le recours contre les actes détachables préalables au contrat leur est en contrepartie fermé dès lors que le contrat est

conclu. Alors même qu'un contrat était irrégulièrement conclu, les tiers ne pouvaient dans un premier temps obtenir eux-mêmes sa nullité ; ils étaient tributaires de la bonne volonté des parties pour saisir le juge du plein contentieux. Ils ont été en mesure, avec l'arrêt *Lopez*, d'obtenir l'anéantissement du contrat, au prix de sophistications contentieuses nécessitant l'intervention de trois juges différents, puis, grâce à la loi du 8 février 1995, de deux juges. Les concurrents évincés peuvent désormais obtenir l'annulation d'un contrat en saisissant directement un juge unique, le juge du contrat. Celui-ci, grâce au large éventail de pouvoirs dont il dispose, peut régler l'ensemble du contentieux et notamment ses conséquences indemnitaires (23). La simplification est incontestable.

En outre le recours des candidats évincés est d'autant plus efficace qu'il est susceptible, comme en l'espèce, d'être assorti d'un référé-suspension. Dans le système procédural préexistant les candidats malheureux ne pouvaient obtenir la suspension du contrat puisqu'ils n'étaient pas recevables à en demander l'annulation. Comme tous les tiers, ils pouvaient en revanche, en théorie, assortir leur recours contre un acte détachable d'une demande de suspension. Mais la plupart du temps celle-ci était vouée à l'échec puisque, dès lors que le contrat est conclu, les actes détachables sont entièrement exécutés. La décision de signer le contrat notamment, qui ne prend corps qu'au moment de la conclusion du contrat, ne peut pas faire l'objet d'une suspension. La demande de suspension de l'acte détachable est le plus souvent sans objet (24) et le juge des référés ne peut que constater le non-lieu lorsque le contrat est conclu.

Désormais le référé-suspension est susceptible d'aboutir lorsqu'il est l'accessoire d'un recours en annulation. Son succès est subordonné, bien sûr, à la nécessité de démontrer l'urgence et l'existence d'un moyen propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision (25). En ce qui concerne l'urgence, on peut supposer que, dans le bilan que fera le juge entre l'urgence à suspendre et l'urgence à exécuter, en mettant en balance les divers intérêts en présence, l'intérêt général aille souvent dans le sens de la poursuite de l'exécution du contrat.

Il faut rappeler en outre, même si la question est plus théorique que pratique, que le recours en contestation de validité du contrat n'est pas exclusivement un recours en annulation. De ce fait, lorsque le requérant sollicitera une autre sanction que la disparition rétroactive du contrat, il ne pourra en principe pas obtenir la suspension de la convention puisque le référé-suspension est subordonné à une requête principale en « annulation ou en réformation ». Mais, en pratique, c'est l'annulation du contrat qui sera le plus fréquemment souhaitée par le candidat malheureux et, lorsqu'il demandera une autre sanction que l'annulation, il n'assortira vraisemblablement pas son recours d'un référé-suspension. De toute manière, à supposer que ce ne soit pas le cas, il sera facile de tourner la difficulté en sollicitant systématiquement l'annulation.

La recevabilité du référé suspension pose surtout des problèmes de fond car l'admettre en l'espèce revient à assimiler le contrat à une « décision administrative », termes employés par l'article L. 521-1 du code de justice administrative relatif au référé-suspension. On peut certes dire que le contrat, comme l'acte dérisoire, affecte l'ordonnement juridique. Mais si l'on a toujours refusé d'admettre la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre le contrat, c'est précisément parce qu'il ne s'agit pas d'un acte dérisoire. Le contrat est une norme particulière comme en témoigne la classification du recueil Lebon qui ne l'assimile même pas à un acte administratif mais lui consacre une rubrique particulière « marchés et contrats ». Le nouveau recours en contestation de validité aboutit ainsi à rapprocher le contrat de la décision unilatérale, voire, pour certains aspects, à l'assimiler à celle-ci. On a fait observer que la théorie de l'acte détachable affectait l'analyse du lien contractuel. Le recours en contestation de validité du contrat, par le rapprochement qu'il introduit avec les décisions administratives, tend à nier la spécificité du contrat. Dans ces conditions, l'obstacle de principe à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre le contrat était déjà en partie franchi. Mais le Conseil d'Etat n'a pas souhaité aller jusque là.

Le recours en contestation de validité et la sécurité contractuelle

On pourrait craindre que ce nouveau recours, par son existence même, ne menace la stabilité des contrats. La protection des contractants et des droits acquis a constamment été sous-jacente à la jurisprudence administrative. Ce sont ces considérations notamment qui ont conduit le juge administratif à exclure les tiers du « monde clos du contrat ». La volonté d'assurer la stabilité contractuelle, « indispensable à la vie des affaires et au fonctionnement régulier des services publics », ainsi que le soulignait le communiqué de presse, est également très présente dans l'arrêt du 16 juillet comme en témoignent l'encadrement strict du recours, les pouvoirs de modulation conférés au juge et la limitation portée au caractère rétroactif de la nouvelle jurisprudence.

A - Le Conseil d'Etat a aménagé le recours en l'encadrant strictement tant en ce qui concerne les tiers recevables à le former qu'aux délais dans lesquels ils sont habilités à agir. En dépit des précisions apportées par l'arrêt, des interrogations subsistent sur la manière d'interpréter ces conditions.

Seuls les concurrents évincés sont, en l'état, recevables à former le recours en contestation de validité du contrat. Cette restriction réduit considérablement la portée de l'évolution jurisprudentielle. La limitation n'affecte pas seulement la recevabilité du recours mais peut-être également, indirectement, son champ d'application.

Alors que le commissaire du gouvernement, dans une optique déjà limitative, proposait de réserver le nouveau recours aux « tiers pouvant se prévaloir de la violation d'un droit de nature patrimoniale qui aurait été lésé par la conclusion du contrat » (26), catégorie dans laquelle il englobait outre les candidats évincés, les usagers du service public et les contribuables locaux, le Conseil d'Etat ne se réfère dans l'arrêt qu'au concurrent évincé. Il est notamment fait reproche à l'ordonnance censurée d'avoir rejeté « comme irrecevables les conclusions de la société Tropic Travaux Signalisation à fin de suspension du marché conclu entre la chambre de commerce 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 ».

On peut cependant faire observer, en dépit de cette motivation, que si l'arrêt précise que ce nouveau recours est ouvert aux concurrents évincés il ne dispose pas qu'il leur est réservé. En l'espèce le requérant appartenait à cette catégorie et le Conseil d'Etat n'a statué que sur le cas particulier mais il n'est pas impossible qu'il ouvre plus largement ce recours à l'avenir comme certains propos tenus au cours de la conférence de presse le laissent présager. Certes les exigences actuelles du droit communautaire ne l'imposent pas. Mais le réserver aux seuls candidats évincés revient à introduire une inégalité entre deux catégories de tiers, les candidats évincés et les autres tiers, dont la situation peut également être affectée par la conclusion du contrat. Bien que leurs intérêts patrimoniaux puissent être très proches, leur situation contentieuse est pourtant très différente aujourd'hui : aux premiers est offert un recours simple, le recours en contestation de validité et le référé-suspension qui l'assortit, mais le recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables leur est fermé ; aux seconds est ouvert le seul recours contre les actes détachables avec les acrobaties contentieuses qu'il comporte.

On peut s'interroger sur ce qu'il faut entendre par « candidat évincé » et notamment s'il faut admettre cette qualité à tous les stades de la procédure de mise en concurrence. Un candidat qui n'a pas été admis à concourir sera-t-il considéré comme un candidat évincé ? Tous les candidats évincés, que ce soit légalement ou illégalement, seront-ils recevables à former le recours ? Les contours de la catégorie varieront-ils suivant les obligations de mise en concurrence qui s'imposent à l'administration ? On peut également se demander si les concurrents évincés des contrats d'engagement d'agents publics entrent dans le champ d'application du recours en contestation de validité.

Par ailleurs l'ouverture du recours aux seuls concurrents évincés, et non à tous ceux qui auraient eu vocation à conclure le

contrat, a vraisemblablement des effets sur son champ d'application, puisqu'elle semble impliquer que le contrat ait été soumis à une mise en concurrence (27). Le rôle croissant des règles de concurrence dans les contrats publics fait que ces contrats sont de plus en plus nombreux. Il reste cependant que certaines conventions - notamment les marchés publics négociés sans publicité ou mise en concurrence ou ceux d'un montant inférieur à 4000 € ou encore les conventions domaniales par exemple - ne sont pas soumises aux règles de concurrence et ne devraient donc pas entrer dans le champ d'application du nouveau recours qui ne concerne donc probablement pas tous les contrats. La réglementation fera peut-être l'objet de modification dans le sens d'une extension des règles de mise en concurrence pour soumettre des contrats de plus en plus nombreux au nouveau recours contentieux. La question se pose également pour les contrats pour lesquels l'administration procède à une mise en concurrence, alors qu'elle n'y est pas tenue. Le sort des avenants reste de la même manière en suspens.

Le Conseil d'Etat a en outre pris soin d'enfermer le recours dans des délais stricts afin de ne pas laisser subsister trop longtemps d'incertitude sur le sort du contrat. Il a retenu le délai de deux mois de l'article R. 421-1, ce qui fait qu'il assimile, à ce point de vue également (28), le contrat à une décision. Pour limiter en toute hypothèse les délais de recours, le Conseil d'Etat précise que le délai de deux mois s'applique même si le contrat contesté est relatif à des travaux publics. La dispense de délai, liée à l'absence de décision préalable en matière de travaux publics, qui est en général la règle en plein contentieux (29), est explicitement écartée. La volonté d'assurer la stabilité contractuelle est très nette. Mais cet objectif ne peut être atteint que si des mesures de publicité font effectivement courir le délai à la fois en ce qui concerne le contrat et ses actes-support.

Il est précisé par l'arrêt que le contrat devrait être soumis à « l'accomplissement de règles 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 ».

Il est difficile de savoir ce que seront exactement les règles de publicité « appropriées ». Soumettre le contrat lui-même à des mesures de publicité, à l'instar de certains contrats, risquerait de porter atteinte au secret des affaires. Le commissaire évoquait un simple affichage pour certains contrats, notamment ceux conclus selon la procédure adaptée. On peut douter de l'efficacité de cette publicité. Dans la mesure où le Conseil d'Etat a, en l'état actuel, restreint le recours aux seuls concurrents évincés, lorsqu'ils sont candidats à des marchés publics, ils sont avertis de la passation du contrat puisque l'article 85 du code des marchés publics impose, pour la plupart des marchés, la publication d'un « avis d'attribution ». Pour les autres contrats, il faudra veiller à l'existence de mesures de publicité effectives afin d'assurer la sécurité juridique, notamment en étendant par exemple la pratique des avis d'attribution. Il paraîtrait même concevable, dans certains cas, d'avertir individuellement de la conclusion du contrat les candidats évincés, dans la mesure où l'on n'adoptera pas une conception extensive de cette catégorie.

Ces mesures de publicité concernant le contrat lui-même risquent de n'être pas suffisantes puisqu'elles ne font courir le délai qu'à son encontre. Faute de mesures de publicité de contrat touchant tous les tiers intéressés et à défaut de publication des actes détachables, ceux-ci pourraient, à l'initiative des tiers, être indéfiniment remis en cause et, par voie de conséquence, les conventions elles-mêmes. La décision de conclure le contrat notamment, acte administratif fictif, ne donne pas lieu à des mesures de publicité. Cette absence de publicité explique que, bien que l'état antérieur du droit ait interdit le recours des tiers contre le contrat, il ait pu paradoxalement laisser subsister longtemps l'insécurité juridique. L'arrêt *Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe* a voulu remédier à cette insécurité en privant les concurrents évincés, à compter de la conclusion du contrat, du recours qui leur était ouvert contre les actes détachables. Il reste que, même si les recours les plus nombreux émanent des candidats évincés, les autres tiers continuent de disposer du recours contre l'acte détachable, de leur propre chef ou sollicités par des candidats négligents qui auraient laissé expirer le délai de recours, avec les incidences que représente la non publication de ces actes en l'absence de précision sur ce que seront les mesures de publicité du contrat lui-même. La limitation du nouveau recours aux seuls concurrents évincés a pour effet paradoxal de laisser planer, du fait des autres tiers, des menaces sur la sécurité contractuelle.

Le moyen d'éviter cet écueil serait de renforcer les mesures de publicité de ces actes périphériques. Le commissaire du gouvernement proposait de publier la décision de signer le contrat tout en mentionnant le lieu où celui-ci pourrait être consulté. La publication de cette décision formaliserait ce qui aujourd'hui est un acte fictif. Elle ne serait pas neutre au regard de la notion même de contrat administratif en ce qu'elle conduirait à analyser le contrat comme l'addition de deux volontés et non comme leur rencontre. Mais au-delà de ces incidences théoriques, la publication de la décision de signer le contrat présenterait des avantages incontestables au regard de la sécurité juridique.

B - La volonté de préserver les droits acquis et la continuité du service public se manifeste également à travers la panoplie de sanctions dont dispose le juge pour sanctionner les irrégularités affectant le contrat. Alors que la sanction normale de l'illégalité d'un acte unilatéral consiste en son annulation (30), les sanctions de l'irrégularité du contrat sont diversifiées. La spécificité du contrat par rapport à l'acte unilatéral se manifeste dans cette conception de la légalité contractuelle. Le contrat étant la source de droits essentiellement subjectifs, l'intérêt général n'impose pas de l'annuler, même s'il est vicié, comme il impose de supprimer l'acte unilatéral illégal. Toute la jurisprudence relative à la nullité du contrat montre combien le juge administratif cherche à préserver la « chose contractée » et comment il évite le plus possible d'en prononcer la nullité (31), privilégiant la stabilité contractuelle et les droits acquis au détriment du respect strict de la légalité.

L'arrêt *Société Tropic travaux signalisation* manifeste une fois encore cette réticence à faire disparaître le contrat. Le Conseil d'Etat a tiré profit de la réflexion à laquelle il s'était livré pour déterminer les effets de l'annulation de l'acte détachable sur le contrat. Alors que, à une époque où n'existait aucun mécanisme pour contraindre l'administration à saisir le juge, on avait tendance à considérer que la conséquence normale de l'annulation d'un acte détachable était la nullité du contrat, une réflexion plus nuancée a conduit le juge à considérer que la nullité ne s'imposait pas systématiquement (32) et que l'annulation de l'acte détachable ne devait pas toujours avoir la même incidence sur le contrat.

On a déjà rappelé les effets diversifiés de cette annulation. On retrouve une modulation similaire systématisée dans l'arrêt *Société Tropic travaux signalisation*. L'arrêt ne précise pas si le prononcé des sanctions sera subordonné à la demande des parties (33) ou si le juge modulera lui-même les effets des irrégularités contractuelles, auquel cas il serait passé outre au principe qui veut que le juge ne statue jamais *ultra petita* (34). Le juge peut sanctionner de différentes manières l'irrégularité qui affecte le contrat, selon la nature de cette illégalité, le choix allant d'une simple compensation indemnitaire à la disparition du contrat en passant par sa modification ou sa régularisation à la suite d'un bilan entre les exigences du principe de légalité et le principe de sécurité contractuelle.

Le cas échéant, et ce, vraisemblablement, quelle que soit la sanction prononcée, le juge accorde « des indemnités en réparation des droits lésés ». Lorsque l'indemnisation est le seul effet de l'invalidité du contrat, on peut dénoncer une conception laxiste de la légalité contractuelle, puisque cela revient à sanctionner les irrégularités sur un terrain purement indemnitaire. Il était déjà possible, bien que très rare en pratique, de ne sanctionner l'illégalité d'un acte détachable que par le biais indemnitaire, mais l'irrégularité constatée n'affectait en principe que cet acte et le contrat n'était alors qu'indirectement vicié. Le recours en contestation de validité porte, lui, sur le contrat et, de ce fait, le respect de la légalité risque d'être davantage menacé. Les candidats illégalement évincés pourront se prévaloir de leur perte de chance pour

obtenir une indemnisation. Ils se fonderont sur la responsabilité pour faute s'ils ont été illégalement évincés, mais ils pourront peut-être parfois invoquer la responsabilité pour rupture de l'égalité des charges publiques si le juge a fait prévaloir des considérations d'intérêt général pour justifier, à leur détriment, la poursuite de l'exécution du contrat.

Le juge peut également décider de ne pas mettre fin au contrat, sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante. Ces mesures de régularisation ne valent en principe que pour l'avenir, même s'il a déjà été admis que la régularisation puisse avoir un effet rétroactif (35). En l'état actuel de la jurisprudence, toutes les irrégularités ne sont pas susceptibles d'être régularisées. La jurisprudence semblait plutôt favorable à la régularisation, puisqu'elle était allée jusqu'à admettre la régularisation de certains vices d'incompétence (36), mais elle a refusé toute possibilité de régularisation en cas de signature anticipée d'un contrat préalablement à la transmission au préfet de la délibération de l'assemblée locale autorisant le maire à signer le contrat (37). On peut se demander si cette jurisprudence sera maintenue ou si la faculté ouverte par l'arrêt *Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe* à la collectivité contractante de prendre des mesures de régularisation doit s'entendre comme permettant de régulariser tous les vices affectant le contrat.

Le juge a la faculté de se substituer aux parties et de modifier certaines clauses du contrat. L'arrêt ne précise pas s'il s'agit de toutes les sortes de clauses, contractuelles ou réglementaires. C'est un pouvoir exorbitant qui est ainsi conféré au juge puisqu'il lui permet de sortir de son rôle de censeur du contrat pour se transformer en coauteur de celui-ci. A la demande d'un tiers, il est à même de modifier le contrat sans que les parties aient leur mot à dire puisque l'arrêt ne prévoit aucune intervention de celles-ci. Le juge peut, par les modifications qu'il impose, détruire l'équilibre voulu par les parties. Ce pouvoir de modification porte atteinte à l'autonomie de la volonté qui fonde le contrat administratif comme le contrat civil. Cette possibilité offerte au juge contraste avec sa volonté traditionnellement affirmée de ne pas intervenir dans l'action administrative, qui se concrétise notamment dans son refus d'annuler les mesures d'exécution du contrat (38).

Enfin le contrat peut être anéanti le contrat, soit seulement pour l'avenir, soit rétroactivement. L'arrêt précise que le juge a la possibilité de prononcer la résiliation du contrat, alors que la résiliation n'a pas d'effet rétroactif. Le vice affectant le contrat *ab initio* n'est alors supprimé que pour l'avenir. On avait longtemps douté que la résiliation fût adaptée à un contrat vicié, mais déjà, au sujet des effets de l'annulation des actes détachables, le Conseil d'Etat avait admis que l'administration puisse valablement résilier le contrat (39). L'obstacle théorique est moins fort qu'autrefois depuis que l'annulation n'est plus nécessairement rétroactive. Il reste qu'il est paradoxal d'admettre que la résiliation puisse sanctionner une illégalité contractuelle, alors que le Conseil d'Etat a jugé que la résiliation d'un contrat nul était elle-même entachée de nullité (40).

La sanction la plus sévère est l'annulation rétroactive du contrat et cette sanction est elle-même assortie de nuances. Elle ne doit survenir qu'« après avoir vérifié si cette annulation ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des contractants » (41) afin de respecter le principe de sécurité qui implique alors la poursuite de l'exécution du contrat. L'annulation peut être totale ou partielle, dans la mesure où les clauses censurées sont divisibles du contrat. L'annulation partielle, comme la modification des clauses du contrat mais dans une moindre mesure, risque de porter atteinte à la volonté des parties. Le juge du contrat procède parfois à des annulations partielles - en annulant la clause, en la réputant non écrite, sans valeur, inopérante - afin de ne pas appliquer la clause viciée sans pour autant faire disparaître le contrat. Le juge des référés précontractuels détient également le pouvoir de supprimer des clauses destinées à figurer dans le contrat mais le contrat n'étant pas encore conclu, l'atteinte à la volonté des parties est moindre. L'annulation peut avoir un effet différé, ce qui pose la question de la façon dont les contractants exécuteront leur convention, qu'ils savent menacée de disparition, pendant cette période transitoire. Le Conseil d'Etat transpose ainsi la jurisprudence *AC !* au contentieux contractuel.

C - Enfin la protection de la stabilité des contrats se manifeste dans les limites posées par le Conseil d'Etat à la rétroactivité de la nouvelle règle jurisprudentielle. C'est peut-être là un des apports fondamentaux de l'arrêt qui dépasse le seul contentieux contractuel (42). Compte tenu du bouleversement jurisprudentiel préconisé, dans la mesure où il concerne les modalités des recours juridictionnels et non le fond du droit, le commissaire du gouvernement proposait de moduler dans le temps les effets du revirement. Le Conseil d'Etat, réticent jusque là à admettre cette modulation (43), a suivi l'exemple de la Cour de cassation (44), en tirant parti des enseignements du rapport du groupe de travail présidé par N. Molfessis et a accepté pour la première fois de fixer une date d'application à la nouvelle règle de procédure contentieuse.

La rétroactivité de la règle jurisprudentielle reste le principe mais elle connaît des limites dans au moins deux hypothèses précisées par l'arrêt. D'une part lorsqu'elle porte atteinte au « droit fondamental qu'est le droit au recours ». Ce n'est qu'après avoir vérifié que le nouvel agencement contentieux ne portait pas atteinte au « droit au recours » (45) que le Conseil d'Etat indique qu'il appartient au juge d'appliquer les règles nouvelles. Il peut, d'autre part, être dérogé à la rétroactivité quand la nouvelle règle posée risque de porter atteinte à la sécurité juridique : « eu égard à l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux situations contractuelles en cours... 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 (le 16 juillet 2007) » (46). La connaissance de la nouvelle voie ouverte aux concurrents évincés aurait pu susciter un afflux de recours en contestation de validité à l'encontre de contrats en cours d'exécution que le Conseil d'Etat a voulu endiguer. L'arrêt précise cependant qu'il faut entendre cette règle « sous réserve des actions en justice ayant le même objet et déjà engagées » (47) avant la date de lecture de la présente décision », ce qui, en dehors de l'affaire *Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe*, ne devrait pas concerner un très grand nombre d'affaires tant l'irrecevabilité du recours en annulation était une règle bien ancrée même si l'on pressentait qu'elle était susceptible d'être abandonnée à court terme.

Le recours en contestation de validité et le contentieux du contrat

Le Conseil d'Etat a fait le choix de créer un nouveau type de recours qui vient se superposer aux recours préexistants, rendant ainsi plus complexe le contentieux du contrat. On peut se demander s'il n'aurait pas été préférable de tirer profit de l'acquis jurisprudentiel et de faire bénéficier les concurrents évincés d'un recours qui avait déjà fait ses preuves plutôt que de créer un recours *sui generis* (48).

A - Du point de vue du contentieux administratif, le nouveau recours vient encore compliquer le panorama existant. De longue date, le juge administratif a voulu donner aux tiers un certain droit de regard sur les contrats, sans abandonner les principes traditionnels mais en superposant des régimes dérogatoires lorsque l'intervention des tiers lui semblait s'imposer. Plutôt que de tout remettre à plat, il n'a pas abandonné cette méthode des strates jurisprudentielles avec l'arrêt du 16 juillet 2007. Un recours nouveau a été ajouté sans que d'autres soient supprimés. On voit ainsi coexister une mosaïque de régimes, encore aggravée par l'arrêt *Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe*, tant en ce qui concerne les recours qui n'affectent que partiellement le contrat - soit dans son processus d'élaboration soit dans certaines de ses clauses- que les recours contre les contrats eux-mêmes, aboutissant à un enchevêtrement des contentieux difficile à clarifier.

En ce qui concerne les premiers - recours contre les actes détachables et contre les dispositions réglementaires -, ils n'ont pas disparu, mais tous les requérants ne disposent pas d'un même accès au juge, ce qui exige un délicat examen de la

situation de chacun au regard du recours envisagé. On oppose naguère les parties et les tiers en distinguant les actes détachables de la formation et de l'exécution du contrat. Il faut désormais distinguer trois catégories de requérants - les parties, les candidats évincés et les autres tiers - et opposer la période précontractuelle à la période d'exécution du contrat. L'exception de recours parallèle fait, ou non, selon les cas, obstacle à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir.

Le recours contre les actes préalables au contrat qui en sont détachables, jusqu'ici ouvert à tous, tiers ou parties, est aujourd'hui toujours ouvert aux parties et aux tiers autres que les concurrents évincés, mais il est fermé à ces derniers à compter de la conclusion du contrat. Le commissaire du gouvernement n'invoquait pas l'exception de recours parallèle pour justifier cette exclusion, mais l'absence d'utilité du recours pour excès de pouvoir dès lors que ces tiers bénéficiaient du nouveau recours de plein contentieux. On peut faire observer que si le recours pour excès de pouvoir ne leur est effectivement plus « utile », il pourrait leur paraître préférable au recours de plein contentieux qui, lui, n'est pas dispensé du ministère d'avocat. Ils sont ainsi privés d'une voie de recours avantageuse.

De plus, parmi les actes détachables de la formation du contrat, la plupart le précèdent et sont donc préalables, mais certains lui sont postérieurs, telles les décisions d'approbation, qui sont encore aujourd'hui parfois requises. On peut probablement considérer qu'ils doivent être assimilés aux actes détachables préalables au contrat et qu'il faut entendre par ces termes les actes détachables de la formation du contrat. Les concurrents évincés continuent à disposer du recours contre l'acte détachable avant la signature du contrat, à l'exception du recours contre la décision de signer le contrat qui, par hypothèse, n'est révélée que par la conclusion du contrat. Il faut donc introduire une distinction supplémentaire entre les catégories d'actes détachables.

En revanche l'exception de recours parallèle est sans objet pour les actes détachables de la formation du contrat à l'égard des parties ⁽⁴⁹⁾ qui, bien qu'elles disposent du recours en nullité contre le contrat devant le juge du plein contentieux, ne sont probablement pas privées ⁽⁵⁰⁾ pour autant du recours contre les actes détachables ⁽⁵¹⁾. L'arrêt précise que le recours du concurrent évincé existe « indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat ». S'il ne se réfère qu'au recours de pleine juridiction, il n'exclut pas non plus l'action des parties devant le juge de l'excès de pouvoir dont on peut considérer, au moins tant que la jurisprudence n'a pas évolué sur ce point, qu'elle demeure intacte. Qu'on se réfère à l'exception de recours parallèle ou à l'utilité du recours, on pourrait alléguer qu'il en est exactement de même pour les parties que pour les concurrents évincés : le recours contre l'acte détachable ne leur est pas « utile » puisqu'elles disposent, pendant cinq ou trente ans, suivant la nature, absolue ou relative, de la nullité encourue, du recours en nullité contre le contrat. Il est difficile de justifier cette différence de traitement contentieux ⁽⁵²⁾ qui, selon les cas, se heurte ou non à l'exception de recours parallèle.

Quant au recours contre les dispositions réglementaires, il est ouvert à tous les tiers. Il concerne essentiellement les usagers mais la recevabilité de la requête n'est pas fondée dans l'arrêt *Cayzeele* sur la qualité d'usager du requérant, mais sur celle de propriétaire, ce qui montre que la jurisprudence relative au recours contre les clauses réglementaires des contrats s'applique de manière générale aux tiers. L'arrêt *Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe*, qui précise que les concurrents évincés sont privés de leur recours contre les actes détachables, n'évoque pas leur recours contre les dispositions réglementaires des contrats. Il est vrai que la question est assez théorique dans la mesure où l'annulation des dispositions réglementaires intéresse essentiellement les usagers. Elle est cependant susceptible de se poser et l'on peut se demander si l'exception de recours parallèle ne pourrait pas s'opposer à l'action d'un tiers évincé qui voudrait obtenir l'annulation d'une disposition réglementaire.

En outre, l'arrêt ne concerne que les contrats administratifs, mais la théorie des actes détachables intéresse également les contrats de droit privé de l'administration et on peut penser que les concurrents évincés d'un contrat de droit privé continueront de pouvoir former un recours contre les actes détachables de la formation du contrat puisqu'on ne peut leur opposer alors l'exception de recours parallèle. Le juge de l'excès de pouvoir, saisi par un candidat malheureux d'un recours contre un acte détachable, devra donc préalablement déterminer la nature du contrat avant de se prononcer sur la recevabilité de la requête. Cette analyse est parfois aisée mais elle peut, dans certains cas, se révéler délicate.

Si au contraire, ce qui paraît peu vraisemblable, la conclusion du contrat faisait obstacle au recours des concurrents évincés contre les actes détachables, quelle que soit la nature du contrat, les candidats malheureux pourraient être privés d'une voie de recours. On objectera que le droit privé admet le recours de certains tiers lorsqu'il s'agit d'obtenir la nullité absolue du contrat. Mais ce recours est plus étroitement encadré qu'on ne le pense généralement ⁽⁵³⁾. Si les époux Lopez n'avaient pas été recevables à demander l'annulation pour excès de pouvoir de la délibération autorisant la vente de la maison dont ils voulaient se porter acquéreurs, ils n'auraient pas obtenu satisfaction devant le juge judiciaire. La Cour de Riom avait déclaré leur action irrecevable lorsqu'ils avaient demandé au juge judiciaire de prononcer la nullité de la vente ⁽⁵⁴⁾ et « faute de justifier d'un intérêt personnel et juridiquement protégé », ils n'avaient même pas été jugés recevables à intervenir. C'est l'annulation de l'acte détachable qui leur a permis, par voie de conséquence, de contraindre la commune à saisir le juge civil pour demander d'annuler la vente.

Priver les concurrents évincés ⁽⁵⁵⁾ de leur recours contre les actes détachables du contrat de droit privé constituerait pour eux une régression, mais il est peu probable que la jurisprudence nouvelle affecte la situation des actes détachables des contrats de droit privé.

L'arrêt *Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe*, en créant un nouveau type de recours, vient également compliquer la typologie des actions visant à mettre directement fin au contrat lui-même. Il en existe désormais trois sortes, deux recours de plein contentieux distincts et le recours pour excès de pouvoir, qui ne concerne que certains contrats bien déterminés. Leur articulation peut susciter des difficultés.

Le plus ancien des recours directs est le traditionnel recours de plein contentieux en nullité réservé aux parties. S'ajoute, depuis le 16 juillet 2007, le recours en contestation de validité à la demande des candidats évincés. Les deux recours n'obéissent pas aux mêmes règles. Dans un cas, il s'agit d'un recours en nullité, dans l'autre, d'un recours qui peut, entre autres sanctions, aboutir à l'annulation du contrat. Les requérants ne sont pas les mêmes. Les délais de recours sont différents, 5 ou 30 ans pour un recours, 2 mois pour l'autre. Les contrats concernés diffèrent probablement : tous les contrats administratifs dans un cas ; seulement les contrats soumis à concurrence dans l'autre sans que l'on sache exactement ce que recouvre cette catégorie. Si l'on connaît les moyens invocables par les parties pour l'action en nullité, qui trouvent leur source à la fois dans le droit civil des contrats et dans le contentieux de l'acte unilatéral, on ne sait rien des moyens invocables par les concurrents évincés à l'appui de leur recours en annulation ⁽⁵⁶⁾. Il est probable que, le plus souvent, seront invoqués des moyens tenant au non-respect des règles de publicité et de mise en concurrence dont les insuffisances auront préjudicié au concurrent évincé. Mais ce ne sont pas les seuls moyens invocables. On peut penser que seuls les moyens de légalité objective seront recevables et que les moyens subjectifs, par exemple les vices du consentement, seront irrecevables. On rappellera cependant que le Conseil d'Etat, dans un cas au moins, a admis la recevabilité d'un moyen subjectif à l'appui d'un recours contre un acte détachable ⁽⁵⁷⁾. F. Linditch ⁽⁵⁸⁾ évoque la possibilité, inspirée par le droit américain, de faire sanctionner le « *cardinal change* » c'est-à-dire de constater que le contrat tel qu'il est exécuté n'est pas conforme à celui qui était prévu. Le recours étant un recours en contestation de validité du contrat, il semble que les moyens invocables, à l'instar de ce que sont les moyens recevables dans le recours en nullité, devraient tenir aux seules irrégularités affectant le contrat dans sa formation et non dans son exécution. Mais,

en plein contentieux, le juge se place à la date de sa propre décision pour apprécier la légalité. L'avenir précisera les modalités de ce recours.

Enfin, en dépit de la traditionnelle irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre le contrat, certains contrats peuvent faire directement l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. La loi du 2 mars 1982 a inclus certaines conventions dans la liste des actes soumis à transmission obligatoire susceptibles d'être déferés par le préfet pour annulation au tribunal administratif. Le préfet peut spontanément déferer ces contrats mais il peut également le faire à la demande de toute personne « lésée » et donc éventuellement d'un tiers lésé par un contrat, ce tiers pouvant être un concurrent évincé.

Bien que le législateur n'ait probablement pas mesuré la portée de cette « petite révolution juridique », le Conseil d'Etat, après quelques hésitations, a donné plein effet à ces dispositions et a admis d'annuler les contrats des collectivités locales qui lui étaient déferés par le préfet (59). Il a qualifié le déferé de recours pour excès de pouvoir (60). De ce fait, tous les contrats des collectivités locales, qu'il s'agisse ou non (61) de ceux soumis à transmission obligatoire, peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Les candidats évincés d'un contrat d'une collectivité locale ne seront pas privés de ce recours puisqu'on ne peut leur opposer l'exception de recours parallèle dès lors qu'ils ne sont pas recevables à obtenir directement l'annulation mais seulement par l'intermédiaire du préfet. Le même contrat pourra ainsi faire l'objet de deux recours distincts - recours pour excès de pouvoir sur déferé et recours en annulation de plein contentieux -, avec les risques de contradiction que cette dualité comporte, notamment si les moyens diffèrent en plein contentieux et en excès de pouvoir. Les conditions du référé suspension sur déferé préfectoral étant moins contraignantes que sur recours direct, le concurrent évincé pourrait continuer à être tenté de provoquer un déferé. Mais il prendrait ainsi le risque de se heurter à un refus du préfet dont la saisine prorogerait cependant le délai de son recours direct (62).

Depuis l'arrêt *Ville de Lisieux*, les contrats de recrutement d'agents publics peuvent également être déferés pour annulation au juge de l'excès de pouvoir. Cette dérogation s'explique, on l'a vu, par le caractère fictivement conventionnel de ces contrats - voisins des actes de nomination des fonctionnaires - et la proximité des situations des deux catégories d'agents publics. Dans cet arrêt le Conseil d'Etat ne prononce pas les termes d'excès de pouvoir et n'évoque qu'un recours en annulation, peut-être pour préserver l'avenir, mais les conclusions sont tout entières centrées sur le recours pour excès de pouvoir et, pour des raisons procédurales, on croit pouvoir considérer qu'il s'agit bien d'un authentique recours pour excès de pouvoir (63). On a déjà évoqué la possibilité pour les concurrents évincés de ces contrats de former un recours en contestation de validité. Si la réponse est positive, l'exception de recours parallèle serait susceptible de leur enlever le bénéfice de la jurisprudence *Ville de Lisieux* qui, en revanche, subsisterait pour les autres tiers « ayant un intérêt suffisant » à l'annulation, avec, dans cette hypothèse également, des risques de contradiction entre les juges de l'excès de pouvoir et du plein contentieux.

B - L'arrêt *Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe* vient ainsi se superposer au paysage contentieux en ajoutant à sa complexité. On peut se demander s'il n'aurait pas été préférable, plutôt que de créer cette nouvelle voie de recours, d'adapter les recours préexistants. Comme le Conseil d'Etat l'a fait en assimilant le déferé préfectoral au recours pour excès de pouvoir tout en lui conservant ses particularités, il aurait pu ouvrir aux candidats évincés un recours déjà connu, quitte à lui reconnaître alors certaines spécificités. Le commissaire du gouvernement, tout en rejetant cette solution et en préférant l'adoption d'un recours *sui generis*, en avait examiné l'éventualité.

Il évoquait l'extension du référé précontractuel (64). Même si c'est la perspective de la modification de la directive Recours qui a conduit le Conseil d'Etat à faire évoluer sa jurisprudence, le moule du référé précontractuel ne paraissait pas opportun car les adaptations qu'il aurait nécessitées auraient abouti à sa dénaturation. Il ne pouvait en effet être étendu sans changer de nature puisqu'il serait alors devenu un référé contractuel (65), alors que le juge administratif a cherché à l'endiguer (66) en interdisant l'exercice dès que le contrat est conclu (67). De plus le juge des référés ne sanctionne que la violation des règles de publicité ou de mise en concurrence et non les autres irrégularités affectant la formation du contrat. Par ailleurs, ce référé ne concerne que certaines conventions - marchés publics, contrats de partenariat et conventions de délégation de service public- soumises à des règles de passation d'origine nationale ou communautaire, et pour avoir un champ d'application plus général, il aurait dû être profondément remanié. Enfin, le référé précontractuel étant issu de la transposition législative de directives communautaires, sa transformation pouvait difficilement emprunter la voie jurisprudentielle.

Le référé précontractuel coexiste donc avec le nouveau recours qui est susceptible de le concurrencer et de lui faire perdre une partie de son intérêt. Certes le juge du référé précontractuel est particulièrement formaliste et prévient toutes les illégalités affectant la publicité et la mise en concurrence et l'on peut penser que le juge du plein contentieux se montrera moins exigeant. Les obligations relative à un contrat en cours d'exécution ne peuvent s'identifier à celles, beaucoup plus contraignantes, qui s'imposent lorsqu'il s'agit seulement de prévenir la signature de la convention. Le référé précontractuel est en outre plus largement ouvert puisque sont habilitées à agir les personnes « qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées » par le manquement invoqué, ce qui est correspond à des catégories plus larges que les seuls concurrents évincés. Mais lorsqu'ils auront la possibilité de bloquer la passation du contrat et d'obtenir sa suspension puis son annulation, on peut se demander si les candidats évincés, voulant faire l'économie d'un recours, n'auront pas tendance à privilégier plutôt la seconde voie qui leur permet d'invoquer des moyens plus diversifiés et d'obtenir au surplus une indemnisation.

La deuxième possibilité, évoquée et rejetée par le commissaire du gouvernement, était d'admettre la recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats, préconisée depuis longtemps par une partie de la doctrine (68) et même au sein du Conseil d'Etat (69). C'était la voie d'évolution la plus probable (70) dont les premiers jalons avaient été posés par la jurisprudence relative au déferé préfectoral et l'arrêt *Ville de Lisieux*. Les conclusions du commissaire du gouvernement sur cet arrêt laissaient présager une évolution dans ce sens. De plus l'assimilation du déferé préfectoral au recours pour excès de pouvoir a permis de développer une jurisprudence depuis maintenant près de vingt ans qui aurait pu servir de modèle au recours pour excès de pouvoir contre l'ensemble des contrats. L'admission du recours se heurtait cependant à des obstacles de principe tenant à la nature du contrat, à des problèmes d'adaptation au contentieux contractuel mais surtout aux pouvoirs du juge.

La nature de l'acte, par principe porteur de droits subjectifs, paraissait à D. Casas l'obstacle de principe à l'admission du recours pour excès de pouvoir contre le contrat. On peut faire observer que cette tradition d'incompatibilité entre contentieux de la légalité et convention, considérée jadis comme dirimante, avait déjà cédé dans deux hypothèses. En outre le recours en contestation de validité, on l'a vu, en assimilant le contrat à une décision, tend elle-même à gommer l'opposition entre le contrat et l'acte unilatéral.

L'extension du recours pour excès de pouvoir aurait posé des problèmes d'adaptation qui, s'ils n'étaient pas niables, pouvaient cependant paraître surmontables. Un des obstacles est la conception très extensive de l'intérêt pour agir dans le recours pour excès de pouvoir, dont on peut cependant se demander s'il n'aurait pas été possible de lui réserver un traitement particulier en matière contractuelle. On aurait pu s'inspirer de l'intérêt pour agir à l'encontre des opérations d'appel d'offres (71) ou des contrats d'engagement d'agents publics - limité par l'arrêt *Ville de Lisieux* aux tiers « ayant un intérêt suffisant » à l'annulation - pour lesquels on ne considère pas que la conception restrictive de cet intérêt

dénature les recours pour excès de pouvoir contre l'acte détachable ou contre le contrat.

Un des principaux obstacles à l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle a toujours résidé dans l'effet destructeur de l'annulation pour excès de pouvoir. La jurisprudence AC ! avait ouvert la voie à la modulation des effets rétroactifs de l'annulation contentieuse et aurait pu avoir des effets modérateurs sur les conséquences destructrices de l'annulation pour excès de pouvoir. Mais le commissaire du gouvernement faisait observer que cette jurisprudence a vocation à rester d'application exceptionnelle alors que si l'on avait admis le recours pour excès de pouvoir contre le contrat, pratiquement chaque annulation contentieuse aurait dû être assortie d'une exception à l'effet rétroactif. L'annulation sur recours du concurrent évincé a le même effet rétroactif, mais le juge du contrat n'aura pas à mettre systématiquement en oeuvre la jurisprudence AC ! puisqu'il dispose d'autres sanctions.

Le principal obstacle, en effet, à l'ouverture du recours pour excès de pouvoir tenait aux pouvoirs du juge qui n'aurait pu moduler les effets de l'invalidité du contrat. Le juge de l'excès de pouvoir n'aurait eu que la faculté d'annuler ou non le contrat au détriment de la sécurité juridique. Il n'aurait pas eu à sa disposition toute la palette de sanctions qui, par définition, sont l'apanage du seul juge de pleine juridiction. Le recours n'aurait de toute manière pas pu, en lui-même, régler tous les problèmes posés, notamment sur le plan indemnitaire. Il se serait doublé, le cas échéant, d'un autre contentieux. L'unité recherchée ne pouvait se réaliser au moyen du recours pour excès de pouvoir.

Dès lors que le choix s'était porté sur un recours de plein contentieux on peut se demander pourquoi le Conseil d'Etat n'a pas opté pour l'ouverture aux concurrents évincés du recours en nullité traditionnellement réservé aux parties. Le commissaire du gouvernement évoquait le modèle civiliste qui ouvre à certains tiers l'accès au juge du contrat. Mais en dépit de cette référence, il n'envisageait pas pour autant d'ouvrir aux candidats évincés le recours en nullité. Or ce recours, même s'il est peu utilisé, est un recours traditionnel, peu à peu forgé par le juge administratif, inspiré du recours en nullité des contrats civils, adapté progressivement aux spécificités du contrat administratif. On connaît son régime, ses causes, ses modalités, ses effets. La distinction entre les nullités absolues et relatives aurait permis aux candidats évincés d'obtenir la nullité, sans qu'ils aient la possibilité de se prévaloir des moyens réservés au contractant que la nullité entend protéger. Désormais familier des recours conséquences de l'annulation des actes détachables, le juge saisi par les parties a eu l'occasion de moduler les effets de l'invalidité du contrat depuis que, dans l'avis déjà mentionné de 1989 (72) le Conseil d'Etat a formulé les obligations qui s'imposent à l'administration, sous le contrôle du juge, après l'annulation d'un acte détachable. On a vu que l'arrêt *Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe* s'en était inspiré. Certes le délai de 30 ans ouvert aux parties pour demander au juge de constater la nullité absolue du contrat ne pouvait être transposé aux candidats malheureux sans menacer la sécurité contractuelle, mais il semble qu'il aurait été possible d'enfermer leur recours dans un délai court sans pour autant le dénaturer.

L'obstacle principal à l'extension du recours en nullité aux concurrents évincés paraît surtout conjoncturel. L'affaire se présentait sous la forme d'une demande de suspension de l'acte, subordonnée, aux termes de l'article L. 521-1 du code de justice administrative à un recours « en annulation ou en réformation ». Or le recours des contractants est un recours en nullité, ce qui explique que son extension n'ait pas été envisagée.

On peut cependant relever que la distinction entre nullité et annulation est plus sémantique que juridique dès lors que les deux sanctions aboutissent de la même manière à l'anéantissement du contrat avec le même effet rétroactif.

De plus, on peut se demander si les termes de recours en annulation retenus sont pertinents car le recours en contestation de validité donne lieu à un jugement à caractère déclaratif et non constitutif. En effet, lorsque le juge du contrat annulera le contrat, il le fera après avoir constaté le vice qui l'entache et son jugement aura un caractère reconnaissant, ce qui devrait logiquement faire de ce recours un recours en nullité en non en annulation.

Certes l'annulation pour excès de pouvoir est également déclarative, mais la loi du 24 mai 1872 (art. 9) a conféré au Conseil d'Etat le droit de « statuer souverainement sur les recours en annulation pour excès de pouvoir formés contre les divers actes des autorités administratives ». C'est pourquoi le juge de l'excès de pouvoir annule l'acte unilatéral, alors que le juge de plein contentieux, à la demande des parties, constate la nullité du contrat puisqu'il n'est pas *stricto sensu* l'acte d'une autorité administrative, et n'entre donc pas dans le champ d'application de la loi du 24 mai 1872. Les exceptions passées pouvaient se justifier. L'annulation des contrats sur déferé préfectoral s'explique par le fait que c'est le législateur qui a qualifié le déferé préfectoral de recours en annulation. Quant à la jurisprudence *Ville de Lisieux*, si elle autorise « l'annulation » du contrat, c'est parce que les contrats d'engagement d'agents publics sont proches des actes unilatéraux de nomination. En l'espèce, ni l'argument de la qualification législative, ni celui de la proximité avec l'acte unilatéral n'expliquent que le recours créé soit un recours en annulation et non en nullité.

La qualification, circonstancielle, semble dépourvue de fondement théorique. Il aurait été plus simple de ne pas s'arrêter à un obstacle qui semble plus terminologique que scientifique d'autant plus qu'en assimilant nullité et annulation, le Conseil d'Etat n'aurait pas fait preuve d'une audace plus grande qu'il ne l'a fait en assimilant contrat administratif et décision.

Le fait que le recours en annulation soit distinct du recours en nullité et que les deux coexistent ouvre la voie à de possibles contradictions, notamment si les moyens recevables dans les deux cas diffèrent. En outre, si les candidats évincés n'obtiennent pas l'annulation, les parties pourront former les recours en nullité pendant trente ans. La menace à la sécurité juridique ne provient pas des seuls tiers. Elle peut être due au cocontractant de l'administration.

L'arrêt constitue un pas important pour le contentieux contractuel puisqu'il ouvre pour la première fois à certains tiers l'accès au juge du contrat traditionnellement réservé aux seules parties. Il représente un progrès certain pour les concurrents évincés qui bénéficient de cette nouvelle voie de recours facile à exercer, sans porter atteinte aux intérêts des contractants ou aux droits acquis, tant le recours est étroitement encadré. Le Conseil d'Etat est parvenu à un équilibre, particulièrement délicat à réaliser. Mais on peut déplorer que le champ d'application de l'évolution soit aussi limité. L'arrêt était attendu depuis longtemps. On escomptait un plus grand bouleversement. Il n'est révolutionnaire qu'en ce qui concerne les candidats malheureux. Les autres tiers n'en tirent aucun bénéfice. La nouvelle jurisprudence laisse subsister, en ce qui les concerne, les incohérences contentieuses passées. Certes le Conseil d'Etat a apporté une réponse au recours dont il était saisi, celui d'un concurrent évincé. Peut-être n'est ce que le prélude à d'autres transformations. Mais il semble qu'à partir du moment où l'aveu des insuffisances des règles appliquées était acquis, une évolution globale aurait été bienvenue. Il aurait en outre paru souhaitable que le changement s'accompagne d'une simplification alors qu'était dénoncée la sophistication des méandres contentieux. Le nouveau recours, en se superposant aux autres, contribue au contraire à cette complexité. La jurisprudence à venir, en levant les points d'interrogation liés au régime du nouveau recours et en l'étendant, le cas échéant, à d'autres situations, permettra sans doute de remédier à ces imperfections.

Mots clés :

MARCHE PUBLIC * Contentieux * Recours des tiers * Recevabilité

CONTRAT ADMINISTRATIF * Contentieux * Recours des tiers * Recevabilité

PROCEDURE CONTENTIEUSE * Recours pour excès de pouvoir * Recevabilité * Contrat administratif * Tiers * Pouvoir du juge * Jugement * Revirement de jurisprudence

(1) Dans son numéro 5/2007, la Revue française de droit administratif a publié un dossier relatif à l'arrêt *Société Tropic Travaux Guadeloupe* qui, outre la présente contribution, comporte les articles suivants :

Sur la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence par Franck Moderne, p. 917

Contrats administratifs et sécurité juridique : nouvelles avancées jurisprudentielles, par Marguerite Canedo-Paris, p. 935

Sur une tentative d'extension du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle, par Marie-Caroline Vincent-Legoux, p. 951

Les recours en manquement pour violation du droit communautaire des marchés publics, concl. sur CJCE 18 juill. 2007 par Verica Trstenjak, p. 958

Note, par Pierre Delvolvé, p. 972

(2) On peut rappeler que ce n'est pas la première fois que le juge administratif crée lui-même un nouveau recours contentieux en mentionnant le recours en rectification d'erreur matérielle ou le recours en homologation d'une transaction en dehors de tout litige.

(3) Le commissaire du gouvernement rappelait que si le recours à une telle formation d'instruction, prévue par les articles R. 122-17 et R. 122-18 CJA, connaissait des précédents, notamment l'arrêt *Barel*, elle n'était utilisée que de manière exceptionnelle, à peu près une fois tous les dix ans (V. RFDA 2007. 696, concl. D. Casas).

(4) CE, Sect., 30 oct. 1998, *Ville de Lisieux*, Lebon 375 ; RFDA 1999. 128, concl. J.-H. Stahl ; AJDA 1998. 969, Chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; JCP 1999. II. 10045, note V. Haïm.

(5) Ce n'était pas la seule voie offerte aux tiers, mais c'était la plus importante.

(6) CE 4 août 1905, *Martin*, Lebon 749, concl. L. Romieu ; RD publ. 1906. 249, note G. Jèze ; S. 1906. 3. 49, note M. Hauriou ; Grands arrêts, Dalloz, 16^e ed., 2007, n° 16, p. 94, obs. MM. Long, Weil, Braibant, Delvolvé et Genevois.

(7) CE, Sect., 7 oct. 1994, *Epx Lopez*, RFDA 1994. 1090, concl. R. Schwartz, note D. Pouyaud ; AJDA 1994. 914, chron. L. Touvet et J.-H. Stahl.

(8) Le juge tend cependant à privilégier cette solution. V. L. Marcus et A. Perrin, Annulation de l'acte détachable du contrat et distinction des contentieux, *Dr. adm.* janvier 2006, p. 5.

(9) CE, Sect., 26 mars 1999, *Société Hertz France*, Lebon 101, concl. J.-H. Stahl.

(10) CE 14 mai 2001, *Avrillier*, Lebon T. 1146 ; BJCP 2001. 545.

(11) V. avis du 3 déc. 1997 sur les conséquences à tirer de l'arrêt du 1^{er} octobre 1997, *Avrillier* : « Dans l'hypothèse où les motifs de l'annulation de l'acte détachable n'impliquent pas nécessairement que le juge du contrat soit saisi ou qu'il soit procédé à la résiliation du contrat, il appartient alors à l'administration de prendre un nouvel acte se substituant à la décision annulée » (AJDA 1998. 169, note L. Richer).

(12) V. avis de la Section du rapport et des études, 25 janvier 1989, EDCE 1990. 127, CJEG 1991. 115, note B. Pacteau : l'administration contractante peut « décider de le mener à son terme, compte tenu notamment de l'intérêt que cette exécution comporte pour le service public, du degré d'exécution des prestations prévues au contrat, de l'urgence ou des conséquences financières d'une éventuelle interruption de ce contrat » ; Avis 3 décembre 1997, préc. ; Pour une illustration contentieuse : CE 10 déc. 2003, *Institut de recherche pour le développement*, Lebon 501 ; BJCP 2004. 16, concl. D. Piveteau ; AJDA 2004. 394, note J.-D. Dreyfus.

(13) V. les suites de l'arrêt *Lopez*, AJDA 1998. 167, note E. Fatôme et L. Leveneur ; RFDA 1997. 355, *ibid.* 1999. 147, *ibid.* 2002. 538, notes D. Pouyaud.

(14) CE 21 déc. 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix de Seguey Tivoli*, Lebon 962, concl. J. Romieu ; S. 1907. 3. 33, note M. Hauriou.

(15) L'analyse de Duguit a été reprise par P. Laroque, *Les usagers des services publics industriels*, PUF 1933. 27

(16) CE, Ass., 10 juill. 1996, *Cayzele*, Lebon 274 ; AJDA 1996. 732, chron. D. Chauvaux et T. Girardot ; RFDA 1997. 89, note P. Delvolvé ; CJEG 1996. 362, note P. Terneyre ; LPA 18 déc. 1996, note M. Viviano.

(17) Si elles ne sont pas divisibles du contrat, leur annulation « aurait pour effet de priver le contrat de son objet ou d'en bouleverser l'équilibre » et elles ne peuvent être annulées, même si elles ont un caractère réglementaire (CAA Marseille, 18 déc. 2006, *C^e méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, AJDA 2007. 680, note L. Marcovici).

(18) On peut relever que, même en droit privé, la frontière entre les contractants et les tiers n'est pas totalement hermétique. L'arrêt de la Cour de cassation du 6 octobre 2006, rendu en Assemblée plénière en témoigne (D. 2006. Jur. 2825, note G. Viney ; RTD civ. 2007. 123, note P. Jourdain). La Cour de cassation a admis « que le tiers à un contrat peut invoquer sur le fondement de la responsabilité délictuelle un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage ».


















(19) En provoquant un déféré préfectoral pour les contrats des collectivités locales en vertu de la loi du 2 mars 1982 et dans le cas particulier des contrats d'engagement d'agents publics en application de la jurisprudence *Ville de Lisieux*.

(20) Le projet prévoit une généralisation du délai de « standstill » de 10 jours imposé entre la décision d'attribution et la date de signature du contrat ainsi qu'un recours direct contre le contrat signé dans les hypothèses de violations les plus graves du droit communautaire.

(21) V. les conclusions D. Casas sur ce point.



(22) CJCE 18 juill. 2007, *Commission c/ Allemagne*, C-503/04, JCP A 2007, n° 699.

(23) Il reste que, sur ce contentieux, peuvent se greffer des demandes d'indemnités par les parties dont le contrat est annulé. On peut se demander si elles ne nécessiteront pas une action en justice distincte. On peut également s'interroger sur les incidences du nouveau recours sur les demandes d'homologation de transactions en dehors de tout litige (CE, avis, Ass., 6 dec. 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses*, Lebon 433, concl. G. Le Chatelier).

- (24) CE 27 nov. 2002, *Région Centre*, Lebon T. 875  ; 9 févr. 2004, *Soc. d'économie mixte de la Lozère*, Lebon T. 773 .
- (25) La validité du contrat est assimilée à la légalité de la décision.
- (26) On peut rapprocher ces termes de tiers lésés de ceux employés dans la loi du mars 1982 qui permet à tout administré lésé de demander au préfet d'exercer son déferé.
- (27) V., en ce sens, S. Braconnier, *Accès des tiers au juge du contrat : excès de prudence...*, AJDA 2007. 1497  ; F. Linditch, *Quelques conséquences pratiques à propos de l'admission du recours des candidats évincés contre les contrats publics*, JCP A 2007, n° 2212. Au contraire pour F. Lenica et J. Boucher, tous les contrats administratifs entrent dans le champ d'application du nouveau recours (chron. AJDA 2007. 1577 .
- (28) V. les développements sur la recevabilité du référé-suspension.
- (29) V. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n° 701 et 702.
- (30) Cette affirmation doit bien sûr être nuancée puisque la violation d'une formalité accessoire n'entraîne pas l'annulation de l'acte unilatéral.
- (31) V. D. Pouyaud, *La nullité des contrats administratifs*, Bibl. droit public, n° 158, LGDJ, 1991.
- (32) Avis de la Section du rapport et des études sur les obligations de l'administration, 25 janv. 1989, préc. ; Avis 3 déc. 1997, préc. ; concl. M. Pochard sur CE, 1^{er} oct. 1993, *Sté « Le yacht-club international de Bormes-Les-Mimosas*, Lebon 875  ; AJDA 1993. 810  ; Concl. R. Schwartz sur CE 7 oct. 1974, *Epx. Lopez*, préc.
- (33) L'indemnisation sera, quant à elle, subordonnée à la demande du concurrent évincé.
- (34) Le juge des référés précontractuels est libre dans le choix des sanctions par rapport à la demande des parties CE 15 déc. 2006, *Soc. Corsica Ferries*, Lebon 566  ; AJDA 2007. 185, note J.-D. Dreyfus .
- (35) CAA Lyon, plén., 13 juill. 2004, *M. R. Moreau*, Dr. adm. 2004, comm. 159, note G. Pelissier ; AJDA 2004. 1824, note F. Bourrachot .
- (36) CE 5 mai 1961, *Min. de la Construction c/ Sté M. et A. Cuillerai*, Lebon 303.
- (37) CE, Avis, 10 juin 1996, *Préfet de la Côte-d'Or*, RFDA 1997. 83, note J.-C. Douence  ; D. 1997. Jur. 40, note F.-P. Bénéot  ; 27 mai 1998, *Cne d'Agde*, BJCP 1998. 31, concl. C. Bergeal.
- (38) CE, Sect., 24 nov. 1972, *Soc. Ateliers de nettoyage de Fontainebleau*, Lebon 753 .
- (39) CE 14 mai 2001, *Avrillier*, Lebon T. 1146  ; BJCP 2001. 545.
- (40) CE 20 oct. 2000, *Soc. Citécable Est*, Lebon 457  ; BJCP 2001. 54, concl. H. Savoie ; sur ce point voir L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, n° 237.
- (41) CE 10 déc. 2003, *Institut de recherche pour le développement*, préc.
- (42) On ne développera cependant pas ce point qui fait l'objet de l'étude de F. Moderne, *Sur la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence*, ci-après.
- (43) CE 14 juin 2004, *SCI Saint-Lazare*, Lebon T. 564  ; Sect., 10 mars 2006, *Soc. Leroy Merlin*, Lebon 118 ; RFDA 2006. 550, concl. Y. Struillou .
- (44) Ass. plén., 21 déc. 2006, Bull. n° 15 ; D. 2007, Jur. 835, note P. Morvan .
- (45) Sous réserve de ce qui a été dit de la substitution, pour les concurrents évincés, d'un recours soumis au ministère d'avocat au recours pour excès de pouvoir qui en est dispensé.
- (46) Comme le précisait le commissaire du gouvernement, « afin d'éviter les pièges procéduraux et les effets d'aubaine ».
- (47) Cette date n'est pas toujours facile à déterminer.
- (48) Sur les avantages d'un tel recours, V. Ph. Terneyre et J. Gourdou, *Pour une clarification du contentieux de la légalité en matière contractuelle*, CJEG 1999. 249 ; Y. Gaudemet, *Le contentieux des contrats publics, évolution récente*, éd. du Cridon, 2005.
- (49) Alors que les parties se voient opposer l'exception de recours parallèle pour les actes détachables de l'exécution du contrat (CE 24 avr. 1964, *Soc. LIC*, Lebon 239, concl. M. Combarous ; AJDA 1964. 309 ; D. 1964. 665, note Ch. Debbasch).
- (50) Le commentaire de l'arrêt *Martin* dans la 16^e édition des Grands arrêts de la jurisprudence administrative précise au contraire, après avoir rappelé que les concurrents évincés sont désormais privés du recours contre les actes détachables : « il paraît devoir en être ainsi *a fortiori* pour le cocontractant qui a été retenu » (p. 98).
- (51) La distinction entre les tiers et les parties, qui résultait de l'arrêt *Syndicat de la raffinerie de soufre française* (CE, sect., 28 nov. 1954, Lebon 620) a été abandonnée dès 1955 dans l'arrêt *Secrétaire d'Etat à l'agriculture c/ Union de pêcheurs à la ligne et au lancer de Grenoble et du département de l'Isère* (CE, Sect., 5 déc. 1958, Lebon 620 ; AJDA 1959 II 57, concl. J. Kahn)
- (52) Même si l'exception de recours parallèle devait, à l'avenir, s'opposer au recours du contractant contre l'acte détachable, la jurisprudence leur a, pendant pratiquement un siècle, ouvert ce recours, alors qu'elles disposaient d'un recours en nullité devant le juge du contrat.
- (53) J. Antoine, *Les titulaires du recours en nullité des contrats*, Dr. adm. nov. 2001, p. 4.
- (54) CA Riom, 20 déc. 1989.

(55) On peut se demander si les époux Lopez auraient pu être considérés comme des « concurrents évincé » en l'absence de mise en concurrence.


(56) En l'espèce, le moyen invoqué était le détournement de pouvoir. Or le Conseil d'Etat, s'il admet d'annuler un acte détachable pour détournement de pouvoir, n'admet pas la recevabilité de ce moyen à l'appui du recours en nullité contre le contrat lui-même (CE 5 mars 1954, *Soulier*, concl. A. Jacomet ; Rev. Jur. et pol. de l'Union française 1954. 624. Le Conseil d'Etat n'a pas suivi le commissaire du gouvernement qui proposait de déclarer le contrat nul pour détournement de pouvoir).


(57) CE, 23 mars 1992, *Martin et autres*, AJDA 1992. 375  .

(58) Préc.

(59) CE 2 nov. 1988, *Comm. de la République des Hauts-de-Seine, c/ Office public d'habitations à loyer modéré de Malakoff*, Lebon 659.

(60) CE, Sect., 26 juill. 1991, *Commune de Sainte Marie*, Lebon 302, concl. H. Legal  ; RFDA 1991. 966 .

(61) CE 4 nov. 1994, *Département de la Sarthe*, Lebon T. 801 ; AJDA 1994. 898, concl. C. Maugué .


(62) En application de la jurisprudence Brasseur (CE, Sect., 25 janv. 1991, Lebon 23, concl. B. Stirn )

(63) Le Conseil d'Etat n'aurait pas été compétent en appel s'il ne s'était pas agi d'un recours pour excès de pouvoir.

(64) Il a pu arriver qu'un référé précontractuel débouche sur la saisine du juge du contrat pour qu'il en constate la nullité (TA Versailles 2, 3 oct. 1997, *S^{té} Plastic Omnium c/ SICTOM région Isle Adam*, Dr. adm. avril 1998, p. 4). Le SITCOM n'avait respecté qu'en apparence l'ordonnance du juge des référés précontractuels lui prescrivant de se conformer à ses obligations de mise en concurrence et avait choisi, à la suite d'un nouvel appel d'offres, le même contractant qui ne présentait pas une offre conforme aux prescriptions du cahier des clauses techniques particulières. Sur recours d'un concurrent évincé, le tribunal administratif a enjoint au SITCOM de saisir le juge du contrat pour qu'il en prononce la nullité.


(65) Comme il le deviendra vraisemblablement avec la nouvelle directive « recours » dans les cas d'atteintes les plus graves au droit communautaire.

(66) Pour une manifestation récente, au sujet des groupes de commandes CE 13 juill. 2007, *SIPPEREC*, n° 299417.

(67) CE, Sect., 3 nov. 1995, *Chambre de commerce de Tarbes*, Lebon 394 .

(68) Déjà en 1945, Péquignot proposait « d'ouvrir toutes grandes au contrat administratif les portes du recours pour excès de pouvoir » et en 1946, M. Waline dans son manuel de droit administratif (Sirey 1946. 117) jugeait « inexplicé et inexplicable » l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre le contrat ; dans le même sens P. Weil, Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir, Paris 1952.

(69) V. notamment concl. J.-H. Stahl sur *Ville de Lisieux*, préc., ou chron. C. Landais et F. Lenica, AJDA 2004. 1183.

(70) Le Tribunal administratif de Melun avait cru pouvoir adopter cette solution (TA Melun 22 déc. 2006, *Synd. national CGT du ministère de l'Agriculture c/ Ecole vétérinaire de Maisons-Alfort*, AJDA 2007. 695, note S. Dewailly .

(71) Pour l'appel d'offres ouvert, CE 19 févr. 1996, *Soc. Aubettes*, Lebon 45  ; AJDA 1996. 392, concl. S. Fratacci .

(72) Préc.