

AJDA

AJDA 2007 p. 1497

Accès des tiers au juge du contrat : excès de prudence.

Stéphane Braconnier, Professeur à l'université de Poitiers

En reconnaissant à certains tiers le droit de saisir le juge du contrat pour qu'il prononce des mesures pouvant aller jusqu'à l'annulation de ce dernier, le Conseil d'Etat vient de provoquer le plus fort séisme que le contentieux administratif des contrats ait connu depuis plus d'un siècle (CE Ass. 16 juill. 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, req. n° 291545). La décision, résolument novatrice, doit être saluée, notamment en ce qu'elle récuse la solution de facilité qui aurait consisté à admettre qu'un contrat administratif puisse, en dépit de son caractère subjectif et, de manière générale, faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Mais en réservant, contrairement à ce que lui proposait son commissaire du gouvernement, aux seuls « concurrents évincés » l'accès au juge du contrat, le Conseil manifeste un excès de prudence qui ne manque pas de surprendre, pour au moins trois raisons.

L'arrêt ne fait, d'abord, entrer dans le cercle du recours novateur que les contrats soumis à procédure de publicité et de mise en concurrence, laissant ainsi à la lisière de ce contentieux les contrats qui, à l'instar des conventions domaniales, ne sont soumises à aucune procédure. Les tiers ne pouvant être, faute de procédure, des « concurrents évincés », n'auront donc pas accès au juge du contrat, sauf à imaginer l'émergence d'une notion connexe de « concurrent virtuel ». Les contrats d'objectifs conclus entre l'Etat et certaines entreprises publiques demeurent, pour leur part, totalement à l'écart du nouveau dispositif.

La restriction posée par l'Assemblée du contentieux introduit, ensuite, dans le contentieux administratif une forme de discrimination. Elle dessine, en effet, un groupe de requérants « surprotégés », les concurrents évincés, dotés à la fois du référé précontractuel avant la signature du contrat, et, désormais, après cette signature, d'un recours devant le juge du contrat, accompagné, le cas échéant, d'une demande tendant à sa suspension. Les autres tiers, même s'ils ont un intérêt patrimonial à obtenir l'annulation du contrat, doivent se contenter du recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables... et de sa course d'obstacles procéduraux.

Enfin et surtout, il n'est pas sûr qu'en l'état, la brèche ouverte par le Conseil d'Etat constitue un facteur de simplification du contentieux administratif des contrats. En se contentant d'entrouvrir l'accès des tiers, le Conseil d'Etat ajoute au contentieux administratif des contrats plus qu'il ne retranche. Ouvrir plus largement le recours aurait, en effet, permis de découpler l'impact de l'exception de recours parallèle, rappelée par l'arrêt, et inscrit ce dernier dans une réelle dynamique de substitution du contentieux de l'excès de pouvoir contre les actes détachables, appelé à tomber en désuétude. Le limiter aboutit à ajouter une nouvelle voie à celles déjà existantes, en n'érodant qu'à la marge le contentieux des actes détachables. Dès lors, il existe désormais, à côté du contentieux de l'excès de pouvoir contre les actes détachables et les clauses (Cayzeele) ou contrats (Ville de Lisieux) à caractère réglementaire, ouvert à tous les tiers justifiant d'un intérêt « ordinaire » à agir, un contentieux contractuel de pleine juridiction, réservé en principe aux parties au contrat mais ouvert, par exception s'agissant des contrats « à procédure », aux tiers particuliers que sont les concurrents évincés. Les contrats « à procédure » gagnent ainsi, portés par les exigences communautaires, en autonomie contentieuse et en efficacité, mais au prix, sans doute, d'une complexité légèrement accrue du contentieux administratif des contrats.

Mots clés :

MARCHE PUBLIC * Formation * Recours * Concurrent évincé

1

