

## *La modernisation du contentieux administratif par le droit communautaire*



**David  
CAPITANT**  
Professeur  
à l'Université  
Paris I  
Panthéon-  
Sorbonne  
Avocat  
au Barreau  
de Paris

L'ordonnance du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, qui entrera progressivement en vigueur à partir du 1<sup>er</sup> décembre 2009, prolonge le mécanisme du référé précontractuel par un nouveau recours en référé susceptible d'être dirigé par les concurrents évincés directement contre un contrat de marché public ou de délégation publique après qu'il a été signé.

Un tel recours est tout à fait contraire aux solutions communément admises en droit français, qui réservent aux seules parties l'accès au juge du contrat, de sorte que le seul moyen qui été classiquement ouvert aux tiers consistait à attaquer devant le juge de l'excès de pouvoir les décisions détachables du contrat lui-même (CE, 4 août 1905, Martin), avec le peu d'efficacité pratique découlant des complications liées aux modalités et aux délais d'exécution des décisions juridictionnelles susceptibles d'être rendues dans ce cadre.

Le recours des tiers contre un contrat administratif n'avait été accepté que de manière exceptionnelle et dans des cas si particuliers qu'ils ne remettaient pas en cause le principe. Le CGCT prévoit ainsi la possibilité pour le préfet de déférer au juge administratif les contrats des collectivités placées sous son contrôle administratif. Le juge a par ailleurs admis dans l'arrêt « Cayzeele » (CE, Ass., 10 juill. 1996, n° 138536) que les clauses réglementaires des contrats puissent être attaquées par le biais du recours en excès de pouvoir. Enfin, l'arrêt « Ville de Lisieux » (CE, sect., 30 oct. 1998, n° 149662) consacre la possibilité, pour les agents contractuels de droit public, d'introduire un recours en excès de pouvoir dans le cadre de la situation contractuelle qui les lie à l'administration.

Aussi bien est-ce dans le cadre de la transposition des nouvelles dispositions introduites dans la directive « Recours » par la directive n° 2007/66/CE prévoyant un tel recours que ce « référé contractuel » a été introduit dans le Code de justice administrative.

L'évolution ainsi opérée par le législateur a d'ailleurs été précédée, en 2007, d'une transposition jurisprudentielle du nouveau recours par la décision « Société Tropic » qui permet également aux concurrents évincés d'attaquer directement devant le juge de l'excès de pouvoir un contrat illégalement passé par l'administration (CE, Ass., 16 juill. 2007, n° 291545).

Le droit communautaire des marchés public conduit ainsi une nouvelle fois le contentieux administratif français à se moderniser dans le sens d'une plus grande efficacité pratique. Un autre exemple éloquent d'une telle influence avait été l'introduction du référé précontractuel dans le cadre de la transposition de la directive « Recours » par la loi du 4 janvier 1992. Pour la première fois en droit français, le juge administratif du référé se voyait doté de pouvoirs d'injonctions qui apparaissaient alors tout à fait extraordinaires mais manifestaient la volonté de sortir du modèle français d'un juge administratif plus préoccupé des exigences théoriques de la légalité que de l'efficacité pratique de ses décisions.

Rapidement, l'exemple donné par le référé précontractuel avait mené à une réflexion plus générale sur les pouvoirs du juge administratif et conduit à l'octroi d'un pouvoir d'injonction au juge administratif par la loi du 8 février 1995 ainsi qu'à l'adoption de la loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives.

De la même manière, on peut penser que le recours direct des tiers intéressés directement contre les contrats sera amené à se développer au-delà du seul cercle des concurrents évincés que visent l'arrêt « Société Tropic » comme le nouvel article L. 551-1 du Code de justice administrative. Le droit communautaire des marchés public aura ainsi contribué une nouvelle fois à une évolution de fond du contentieux administratif français, en l'occurrence vers une fusion des contentieux qui se dessine progressivement (cf. CE, Ass., 16 févr. 2009, n° 274000, Sté ATOM). ♦