

Sommaire de la décision

Indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires.

Conseil d'Etat (7^e s.-sect.)
16 juill. 2007

LE CONSEIL D'ETAT (extraits): - Vu la requête, enregistrée le 21 mars 2006 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée pour la Société Tropic travaux signalisation, dont le siège est (...); la Société Tropic travaux signalisation demande au Conseil d'Etat: 1^o) d'annuler l'ordonnance du 2 mars 2006 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Basse-Terre, statuant en application de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, a rejeté sa demande tendant à la suspension de la décision en date du 14 novembre 2005 de la chambre de commerce et d'industrie de Pointe-à-Pitre rejetant son offre pour le marché de marquage des aires d'avions de l'aéroport Le Raizet à Pointe-à-Pitre, de la décision d'attribuer ce marché à l'entreprise Rugoway, de la décision de signer ce marché et du marché lui-même; 2^o) statuant sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, de faire droit à la demande de suspension présentée devant le tribunal administratif de Basse-Terre;

Vu les autres pièces du dossier; - [...];

Considérant que, indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi; qu'à partir de la conclusion du contrat, et dès lors qu'il dispose du recours ci-dessus défini, le concurrent évincé n'est, en revanche, plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables;

Considérant que, ainsi saisi de telles conclusions par un concurrent évincé, il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnités en réparation des droits lésés, soit enfin,

après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat; que, par ailleurs, une requête contestant la validité d'un contrat peut être accompagnée d'une demande tendant, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de son exécution;

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

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

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

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

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

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

Considérant que, compte tenu de la signature du marché contesté le 26 novembre 2005, la société requérante n'était plus recevable à la date de l'introduction de sa demande, le 13 janvier 2006, à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables

qui en sont détachables; que dès lors, ses conclusions à fin de suspension des décisions de la chambre de commerce et d'industrie rejetant son offre, attribuant le marché à la société Rugoway et décidant de le signer ne peuvent également qu'être rejetées;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative:

Considérant qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et de mettre à la charge de la Société Tropic travaux signalisation la somme que la chambre de commerce et d'industrie de Pointe-à-Pitre demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens;

Art. 1^{er}: L'ordonnance en date du 2 mars 2006 du juge des référés du tribunal administratif de Basse-Terre est annulée;

Art. 2: **La requête de la Société Tropic travaux signalisation** devant le juge des référés du tribunal administratif de Basse-Terre est rejetée;

Art. 3: **Les conclusions de la chambre de commerce et d'industrie de Pointe-à-Pitre tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative** sont rejetées;

Art. 4: [...].

291545 - *Demandeur*: Tropic travaux signalisation (Sté) - *Composition de la juridiction*: M. Casas, c. du g. - Mme Escaut, rapp. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Richard, av. - *Décision attaquée*: Tribunal administratif de Basse-Terre (ord.), 2 mars 2006 (Annulation)

Mots-clés: CONTRAT ADMINISTRATIF * Validité * Concurrent évincé * Contestation * Juge du contrat * Saisine * Effet * Application dans le temps

Note de David Capitant

Professeur à l'Université Paris-1 Panthéon-Sorbonne

Par une décision d'assemblée rendue le 16 juillet 2007¹, le Conseil d'Etat a modifié de manière importante les conditions dans lesquelles un candidat évincé de la procédure de conclusion d'un contrat administratif, marché public ou délégation de service public par exemple, peut saisir le juge administratif.

Dans le cadre de l'attribution par la chambre de commerce et d'industrie de Pointe-à-Pitre d'un marché portant sur le marquage des aires d'avions et des chaussées routières de l'aéroport de Pointe-à-Pitre-Le Raizet, la société Tropic travaux signalisation, dont l'offre avait été rejetée, a saisi le Tribunal administratif de Basse-Terre d'une requête dirigée contre la décision de passer le contrat, requête assortie d'une demande de suspension formulée sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative. Le tribunal administratif a rejeté cette demande de suspension par une ordonnance de référé contre laquelle la société Tropic travaux signalisation s'est pourvue en cassation devant le Conseil d'Etat.

Dans la décision rendue à ce propos, le Conseil d'Etat détermine, dans un considérant de principe, les nouvelles conditions dans lesquelles un contrat administratif peut être contesté devant le juge administratif. Désormais, «*tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant [le juge administratif] un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires*».

La modification ainsi apportée à l'état du droit est d'importance. Traditionnellement, en effet, le juge du contrat ne pouvait être saisi que par les parties au contrat. Dans le cadre du contentieux de la formation du contrat, les tiers, notamment les concurrents évincés, mais également, par exemple, les membres d'une assemblée délibérative, les usagers d'un service public délégué ou les contribuables locaux, ne disposaient que de la possibilité de saisir

le juge de l'excès de pouvoir par une requête dirigée contre un acte administratif unilatéral détachable du contrat, souvent la décision de passer le contrat. La solution, formalisée dans une décision classique CE 4 août 1905, *Martin*², avait été largement exploitée pour tenir compte de l'intérêt des tiers à mettre en cause la légalité des modalités de passation d'un contrat et du contrat lui-même, puisque l'acte détachable susceptible d'être contesté pouvait n'avoir aucune existence formelle et n'être révélé que par la signature du contrat lui-même³.

Si ce mécanisme fondé sur le recours en excès de pouvoir permettait au juge d'assurer la primauté du principe de légalité, la question toute pratique qui se posait cependant pour les parties était celle des conséquences sur le contrat de l'annulation d'un acte détachable illégal⁴.

Dans le cadre de l'évolution générale du recours en excès de pouvoir vers une efficacité pratique accrue, la jurisprudence s'est détachée de la solution initiale aux termes de laquelle l'annulation de l'acte détachable n'avait aucune conséquence sur le contrat, pour considérer qu'il appartenait, au contraire, à l'administration de tirer les conséquences de cette annulation en mettant fin contractuellement au contrat ou en saisissant le juge du contrat pour en obtenir l'annulation ou toute autre mesure de nature à assurer l'exécution de la décision d'annulation⁵. En fonction du degré d'exécution du contrat et du type d'illégalité relevé, celui-ci pouvait retenir des solutions de nature diverse allant de l'annulation rétroactive à la résiliation du contrat ou à son maintien en vie, parfois sous réserve de régularisation⁶.

Complet en théorie, ce mécanisme se trouvait en pratique relativement dépourvu d'efficacité en raison de sa complexité. Long à mettre en œuvre, il se heurtait au fait que, lorsque le juge venait à se prononcer, le contrat était largement sinon totalement exécuté. En effet, le concurrent évincé qui avait obtenu l'annulation de la décision de passer le contrat litigieux devait ensuite mettre en demeure le pouvoir adjudicateur de saisir le juge du contrat pour demander l'annulation de la convention et, en cas d'inaction, se tourner vers le juge de l'excès de pouvoir pour

(1) *Sté Tropic travaux signalisation*, n° 291545, D. 2007. AJ. 2105, obs. M.-C. de Montecler; AJDA 2007. 1577, obs. F. Lenica et J. Boucher.

(2) N° 14220, Lebon 749, concl. Romieu; D. 1907. III. 49, concl. Romieu; S. 1906. III. 49, note Hauriou; RD publ. 1906. 249, note G. Jèze. Sur les origines jurisprudentielles de cette décision, V. L. Folliot-Lalliot, *Pouvoirs des juges administratifs et distinction des contentieux en matière contractuelle*, thèse, Paris-II, 1994, p. 240 s.

(3) CE 9 nov. 1934, *Ch. com. de Tamatave*, Lebon 1034; 7 févr. 1936, *Dpt de la Creuse*, *ibid.* 171.

(4) B. Pacteau, *Quel retentissement de l'annulation d'un acte détachable sur la validité et l'exécution du contrat auquel cet acte se rapporte*, CJEG 1991. 118; P. Terneyre, *Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs*, EDCE 1988, n° 39, p. 69 s.; L. Markus et A. Perrin, *Annulation de l'acte détachable du contrat et distinction des contentieux*, DA janv. 2006, n° 1, p. 5.

(5) Réponse de la section du rapport et des études, EDCE 1989, n° 40, p. 127.

(6) CE 1^{er} oct. 1993, *Sté Le Yacht-Club international de Bormes-les-Mimosas*, n° 54661, AJDA 1993. 810, concl. M. Pochard.

obtenir de celui-ci le prononcé d'une astreinte sur le fondement de la loi du 16 juillet 1980 ⁷, ou encore une injonction sur le fondement de l'article L. 911-1 du code de justice administrative ⁸. Encore fallait-il attendre que le juge du contrat se prononçât de manière définitive.

Outre le fait que cette situation devenait toujours moins compatible avec l'évolution générale du contentieux administratif vers la recherche de solutions non pas seulement platoniques, mais dotées d'une véritable efficacité pratique, la nécessité d'une évolution jurisprudentielle découlait également des exigences du droit communautaire dans le domaine de la commande publique.

La transposition des directives recours ⁹ avait déjà conduit à l'instauration du mécanisme du référé précontractuel de l'article L. 551-1 du code de justice administrative par la loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 (D. 1992. Lég. 119). Cette procédure permet aux concurrents évincés d'agir au plein contentieux pour obtenir le respect des règles de passation de certains contrats administratifs et confie au juge administratif un pouvoir d'injonction envers l'administration. Dans un souci d'efficacité accrue de cette procédure, la refonte en cours des directives recours prévoit la mise en place d'un délai minimal entre la passation d'un marché, même passé de gré à gré, et sa signature ¹⁰.

Plus récemment et s'agissant des contrats déjà conclus, la Cour de justice des Communautés européennes a rendu le 18 juillet 2007 une décision relative à une affaire allemande dans laquelle elle considère, par une lecture audacieuse de la directive recours qui prévoit, en principe, que les Etats membres peuvent ne régler qu'au plan indemnitaire la question des contrats illégalement passés, qu'il existe, au contraire, une obligation de remettre en cause, au moins pour l'avenir, de tels contrats ¹¹.

I - L'accès des tiers au juge du contrat

Au regard de ces mouvements jurisprudentiels et réglementaires en faveur de l'efficacité des recours ouverts aux tiers contre les contrats administratifs, une simplification de la voie contentieuse apparaissait nécessaire. La décision rapportée l'opère en faveur du recours de plein contentieux (A) tout en lui fixant un champ d'application encore relativement limité (B).

A - Le choix du plein contentieux

Deux solutions permettaient de simplifier le contentieux des contrats pour les tiers. L'une consistait à rester dans le cadre du recours en excès de pouvoir en ouvrant la possibilité de le diriger non plus seulement contre les actes détachables, mais directement contre le contrat; l'autre consistait à ouvrir le prétoire du juge du contrat aux tiers, et non plus seulement aux parties au contrat.

La première solution paraissait l'aboutissement d'une évolution jurisprudentielle déjà engagée, qui avait admis parfois qu'un recours en excès de pouvoir fût introduit contre un contrat. Ainsi, le recours juridictionnel du préfet contre les contrats passés par les collectivités territoriales dont il assure la tutelle a été analysé comme un recours en excès de pouvoir ¹². Parallèlement, le juge administratif a ouvert aux tiers y ayant intérêt la possibilité d'attaquer devant le juge de l'excès de pouvoir les clauses réglementaires des contrats administratifs ¹³ ou encore les contrats de recrutement d'agents publics ¹⁴. Dans ces deux cas, cependant, c'est le caractère quasi réglementaire des clauses ou des contrats en cause qui a conduit à cette évolution jurisprudentielle. S'agissant du référé préfectoral, c'est la particularité du contrôle exercé, destiné à assurer non tant la protection des droits subjectifs des concurrents que le respect de la légalité, qui a pu conduire le juge à retenir cette analyse, il est vrai à partir des décisions du législateur qui avait intégré certains contrats dans le champ du référé qui concerne essentiellement des décisions administratives.

Aussi le juge a-t-il pu finalement préférer la seconde solution en ouvrant aux tiers le recours de plein contentieux contre le contrat lui-même. Dorénavant, outre les parties au contrat, dont la décision précise que le statut n'est pas modifié, les concurrents évincés ont également la possibilité de saisir directement le juge du contrat. Cette solution permet au juge de disposer de pouvoirs nombreux pour régler le contentieux qui lui est soumis, qui vont au-delà du simple pouvoir d'annulation, même modulable, dont dispose, en principe, le juge de l'excès de pouvoir; elle peut aussi sans doute s'appuyer sur l'idée que les concurrents évincés, sans être arrivés, par construction, à devenir des parties au contrat, se sont malgré tout trouvés dans un rapport précontractuel plus ou moins formalisé vis-à-vis du pouvoir adjudicateur, de sorte que le juge du contrat peut apparaître comme le juge naturel des contentieux susceptibles de naître autour des droits subjectifs dont ils disposent dans le cadre de la procédure de mise en concurrence.

Surtout, l'hésitation qui a existé entre les deux solutions, et que tranche la décision rapportée, met en évidence le rapprochement qui s'est opéré progressivement entre le contentieux de l'excès de pouvoir et le plein contentieux. Le temps n'est plus où l'on pouvait opposer un contentieux objectif largement ouvert mais aux effets essentiellement platoniques et un contentieux subjectif plus sélectif mais plus efficace. L'évolution du contentieux de l'excès de pouvoir vers une prise en compte plus importante de la situation du requérant à travers une meilleure efficacité des décisions, en même temps qu'elle a conduit à diversifier les pouvoirs du juge, l'a rapproché du juge du plein contentieux. La question se pose donc légitimement de savoir si l'étape ultime de cette évolution est l'attraction de nouveaux contentieux dans celui de l'excès de pouvoir ou, au contraire, l'accomplissement du contentieux de l'excès de pouvoir par sa disparition au profit du plein contentieux. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a tranché en faveur du passage au plein contentieux d'autant plus clairement que ce nouveau recours ne vient pas s'ajouter à la possibilité de contester les actes détachables, mais s'y substitue: «*Dès lors qu'il dispose du recours*

(7) CE, sect., 7 oct. 1994, *Epx Lopez*, n° 124244, Lebon 430; RFDA 1994. 1090, concl. R. Schwartz, note D. Pouyaud; AJDA 1994. 867 et 914, Chron. Touvet et Stahl; RD imm. 1995. 93, obs. J.-B. Auby et C. Maugué.

(8) CE, sect., 26 mars 1999, *Sté Hertz France*, n° 202256, Lebon 96, concl. Stahl; D. 1999. IR. 146; RD imm. 1999. 249, obs. F. Llorens; RFDA 1999. 977, obs. D. Pouyaud.

(9) Dir. n° 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil.

(10) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives n° 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en

matière de passation des marchés publics (COM(2006) 195 final/2).

(11) CJCE 18 juill. 2007, *Comm. CE c/ Allemagne*, aff. C-503/04.

(12) CE 2 nov. 1988, *Commissaire de la République des Hauts-de-Seine*, n° 64954, Lebon 659; CE, sect., 26 juill. 1991, *Cne de Saint-Marie*, *ibid.* 302; AJDA 1991. 739.

(13) CE, ass., 10 juill. 1996, *Cayzeele*, n° 138536, Lebon 274; AJDA 1996. 807, Chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot.

(14) CE, sect., 30 oct. 1998, *Ville de Lisieux*, n° 149662, Lebon 375; AJDA 1998. 969, Chron. F. Raynaud et P. Fombeur.

ci-dessus défini, le concurrent évincé n'est, en revanche, plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables.»

Cela ne vaut, bien entendu, que postérieurement à la signature du contrat. Se pose alors la question du sort des recours engagés contre un acte détachable qui ne sont jugés que postérieurement à la signature du contrat. Quel est alors le juge qui tranchera l'affaire? En l'espèce, la société requérante avait attaqué tout à la fois les actes détachables et le contrat lui-même; le Conseil a fait lui-même le départ et considéré le recours comme un recours de plein contentieux. Dans le cadre d'un recours dirigé contre un contrat de l'Etat, il conviendrait dans un tel cas de régulariser une éventuelle absence de ministère d'avocat.

B - Le champ d'application du nouveau recours

L'arrêt *Société Tropic travaux signalisation* évoque de manière générale la possibilité de diriger le nouveau recours contre «un contrat administratif». Cependant, si l'on s'en tient du moins à la formulation restrictive de l'arrêt, ce recours n'est ouvert qu'aux «concurrents évincés». Il ne peut donc s'agir que de contrats administratifs dont la passation est soumise à un principe de mise en concurrence. Ces derniers sont variés: les plus classiques sont les marchés publics, mais il s'agit également des contrats qui, tout en ayant une autre qualification en droit national, peuvent être qualifiés de marchés publics au sens du droit communautaire: contrats de partenariat, concessions d'aménagement, marchés passés par des entités adjudicatrices échappant au code des marchés dans la mesure où ils restent des contrats administratifs. La Cour de justice des Communautés européennes ayant largement envisagé l'empire des principes de la commande publique, ce sont également les marchés passés sous les seuils selon une procédure adaptée ou de gré à gré, de même que les concessions et délégations de service public¹⁵. En revanche, dans une telle optique restrictive, il ne semble pas que les contrats de louage de service doivent être considérés comme susceptibles de faire l'objet d'un tel recours dans la mesure où, s'il existe des candidats et une mise en concurrence, parfois sous la forme du concours, pour le recrutement d'agents publics, une telle opération ne s'inscrit pas dans le cadre de la commande publique, objet principal de la réglementation communautaire et facteur essentiel de l'évolution jurisprudentielle en cause.

S'agissant des personnes susceptibles de mettre en œuvre ce recours, la décision rapportée évoque les «concurrents évincés». Dans la ligne de la jurisprudence développée dans le cadre du référé précontractuel, qui est ouvert, d'après les dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, aux personnes «qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées», il convient de considérer que sont concernées non seulement les entreprises qui ont fait acte de candidature, mais également toute entreprise qui aurait été empêchée de déposer une candidature en raison du non-respect des obligations prévues par la réglementation en matière de publicité, voire toute entreprise ayant vocation à exécuter les prestations en cause¹⁶. Selon les termes retenus dans le projet de refonte de la directive recours, il s'agirait de «toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir

un marché public déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée»¹⁷.

Ne sont, en revanche, pas recevables à agir dans le cadre du nouveau recours, car elles ne sont pas des «concurrents évincés», les autres personnes qui pourraient avoir intérêt à voir annuler un contrat illégalement passé, qu'il s'agisse des membres des conseils de collectivités, des usagers des services publics délégués, des contribuables locaux, ou d'associations ou de syndicats de défense des usagers.

Mais la question se pose de l'extension que la jurisprudence postérieure donnera à la solution inaugurée dans l'arrêt *Société Tropic travaux signalisation*. Au-delà même de la proposition du commissaire du gouvernement Didier Casas, qui évoquait la possibilité d'ouvrir cette nouvelle voie de recours aux usagers des services publics, rien ne semble s'opposer à ce que ce recours soit ouvert à toutes les catégories de requérants actuellement tenus d'utiliser la voie du recours en excès de pouvoir contre les actes détachables. Si, comme on l'a développé plus haut, l'ouverture du recours de plein contentieux apparaît comme l'aboutissement d'une évolution jurisprudentielle dont le recours en excès de pouvoir contre l'acte détachable n'a constitué que les prémices, rien ne devrait s'opposer à une ouverture plus large de la solution posée par l'arrêt rapporté. Se posera alors, dans des termes renouvelés, la question des catégories de contrats concernées, puisque l'on quittera le seul champ de la concurrence. Il y a là en tout état de cause un domaine encore évolutif de la nouvelle jurisprudence au terme de laquelle le juge de l'excès de pouvoir pourrait rester le juge des décisions, tandis que le juge de pleine juridiction redeviendrait le seul juge du contrat, en attendant une éventuelle fusion des deux contentieux.

II - Les conditions de mise en œuvre du nouveau recours

Les précisions apportées par l'arrêt *Société Tropic travaux signalisation* quant aux conditions de mise en œuvre de ce recours mettent en évidence une grande continuité avec les solutions antérieurement développées dans le cadre du recours en excès de pouvoir contre les actes détachables, qu'il s'agisse du délai de recours (A) ou des pouvoirs du juge (B). Une extension notable intervient, en revanche, dans le domaine des mesures provisoires (C).

A - Le délai de recours

Le recours peut être introduit dans le délai de droit commun de deux mois prévu par l'article R. 421-1 du code de justice administrative; ce délai s'appliquera également dans le contentieux des travaux publics. Il s'écoule «à compter de mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi». Ce délai de deux mois rejoint celui qui est applicable en matière de recours en excès de pouvoir exercé contre un acte détachable. Là encore, la solution doit être saluée pour la simplification qu'elle opère sans accroître l'insécurité juridique des marchés.

(15) CJCE 7 déc. 2000, *Telaustria*, aff. C-324/98, AJDA 2001. 106, note L. Richer; CJCE, ord., 3 déc. 2001, *Bent Moustén Vestergaard*, aff. C-59/00, *Marchés publics* 2002. 157, note R. Klages; CJCE 13 oct. 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, Rec. CJCE 2005. I-8612; D. 2005. IR. 2823; AJDA 2005. 1983; RD imm. 2005. 446, obs. J.-D. Dreyfus.

(16) CE 8 juill. 2005, *Cté d'agglomération de Moulins*, n° 268610, BJCP

43/2005. 436, concl. D. Casas; CJCE 12 févr. 2004, *Grossmann*, aff. C-230/02, pts 25 s, D. 2004. IR. 733.

(17) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives n° 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics (COM(2006) 195 final/2).

Elle s'inscrit, par ailleurs, dans la ligne de la réforme en cours de la directive recours qui prévoit la mise en place d'un délai suspensif de type «standstill» entre la décision de passer un contrat et sa signature, qui suppose la mise en vigueur d'un mécanisme de publicité adéquate *via* un avis d'attribution simplifié même en cas de marché passé de gré à gré.

En pratique, pour un certain nombre de contrats, des mesures de publicité existent déjà, comme l'avis d'attribution prévu pour les marchés publics par l'article 85 du code des marchés publics. Pour les autres contrats, on peut songer à la publication de la décision de passer le contrat, celui-ci y étant annexé. En l'absence de publication d'un tel avis, le délai ne courra pas, comme la décision en tire, d'ailleurs, la conséquence dans l'espèce.

Dans la mesure où certains concurrents font parfois l'objet d'une notification de l'attribution du marché, comme cela est prévu, par exemple, à l'article 80 du code des marchés publics, il faut considérer par application de la théorie de la connaissance acquise que, pour les entreprises ayant fait l'objet d'une telle notification, le délai commencera à courir à partir de la date de cette notification, même en l'absence de mesures de publicité.

L'écoulement du délai devrait être prorogé par l'exercice d'un recours administratif auprès du pouvoir adjudicateur, comme il est d'application générale pour tous les recours¹⁸.

S'agissant des avenants au contrat, le nouveau recours devrait pouvoir être engagé contre eux dans le même délai de deux mois dans la mesure où il apparaîtrait qu'ils auraient dû conduire à la passation d'un nouveau contrat¹⁹.

B - Les pouvoirs du juge

L'arrêt *Société Tropic travaux signalisation* reconnaît au juge un large pouvoir d'appréciation quant aux conséquences à tirer de l'illégalité du contrat. «*Il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnisations en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat.*»

L'arrêt reprend ici largement les acquis du régime antérieur. La divisibilité des clauses du contrat était classiquement admise, l'acte détachable n'étant annulé que dans la mesure où il conduisait à l'adoption de clauses illégales ou adoptées de manière illégale²⁰; la prise en compte du motif de l'annulation de l'acte détachable ou

encore de considérations liées à l'intérêt général justifiait le maintien du contrat malgré l'annulation d'un acte détachable²¹; la résiliation du contrat suffisait parfois à tirer les conséquences de l'annulation de cet acte²²; la régularisation de l'acte détachable pouvait permettre dans certains cas au contrat de continuer à vivre²³. Enfin, la possibilité pour le juge de l'excès de pouvoir de moduler les effets de son annulation dans le temps, pour récente qu'elle soit, est désormais bien affirmée par la jurisprudence²⁴. On peut, d'ailleurs, s'interroger sur l'intérêt de maintenir une distinction entre annulation et résiliation. Claire lorsque l'annulation avait un effet rétroactif alors que la résiliation ne valait que pour l'avenir, elle perd de sa netteté dès lors que le juge peut fixer le moment où l'annulation exerce ses effets.

Là encore, l'évolution que représente la nouvelle solution se marque essentiellement dans la simplification qu'elle opère plus que dans une extension des pouvoirs du juge. En effet, la pondération que doit désormais effectuer le juge du contrat entre légalité et sécurité juridique était largement prise en charge auparavant par le juge de l'injonction.

Seul semble poser quelques difficultés le pouvoir reconnu au juge de modifier les clauses du contrat, tant il est vrai que l'économie de celui-ci dépend de la volonté des parties. Mais la question n'est guère différente de celle qui se pose en cas d'annulation partielle et on peut supposer qu'il s'agit seulement ici d'un pouvoir évoqué pour faire bonne mesure, mais dont le juge saura faire un usage discret.

C - Les mesures provisoires

L'arrêt rapporté précise que le nouveau recours de plein contentieux exercé par un concurrent évincé contre un contrat administratif peut être accompagné d'un recours en référé-suspension de l'exécution du contrat sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative.

Cela constitue une interprétation audacieuse de l'article L. 521-1 du code de justice administrative puisque la lettre de celui-ci évoque la possibilité de diriger la demande de référé-suspension contre une «*décision administrative*», ce qui semble de prime abord exclure les contrats.

Surtout, il s'agit d'une importante extension des possibilités d'obtenir la suspension provisoire de l'exécution d'un contrat puisque le référé précontractuel n'est recevable qu'avant la signature du contrat en cause aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de même que le référé-suspension contre un acte détachable²⁵.

En outre, ce mécanisme de référé-suspension devrait pouvoir s'appuyer sur toute illégalité du contrat ou des modalités de sa passation, alors que le référé précontractuel doit être fondé sur une

(18) CE, sect., 10 juill. 1964, *Centre médico-pédagogique de Beaulieu*, Lebon 399; S. 1964. 300, concl. Rigaud.

(19) CE 28 juill. 1995, *Préfet de la Région Ile-de-France c/ Sté de gérance Jeanne d'Arc*, D. 1996. Somm. 319, obs. P. Terneyre; RD publ. 1996. 569, concl. Fratacci.

(20) Le Chatelier, concl. ss. CE, ass., 17 déc. 1993, *Gpt national des établissements de gérontologie*, AJDA 1994. 61; L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ 2006. 181.

(21) CE 10 déc. 2003, *Institut de recherche pour le développement*, n° 248950, DA 2004, n° 59, comm. A. Ménemenis; BJCP 2004. 136, concl. Piveteau; AJDA 2004. 394, note J.-D. Dreyfus; RD imm. 2004- 296, obs. J.-

D. Dreyfus.

(22) CE 24 mai 2001, *Avrillier*, n° 194410.

(23) CE 3 déc. 1997, *AJDA* 1998. 169, obs. L. Richer (Réponse à une demande d'éclaircissement).

(24) CE 11 mai 2004, *Assoc. ACI*, n° 255886, D. 2004. IR. 1499, 2005. Pan. 26, obs. P.-L. Frier, et Pan. 2187, obs. C. Willmann, J.-M. Labouz, L. Gamet et V. Antoine-Lemaire; *AJDA* 2004. 1183, obs. C. Landais et F. Lenica; *GAJA*, 15^e éd., 2005, p. 912; *RFDA* 2004. 438, obs. J.-H. Stahl et A. Courrèges; *ibid.* 454, obs. C. Devys.

(25) CE 14 nov. 2003, *Sté Héli Inter*, n° 258255.

illégalité tenant aux « obligations de publicité et de mise en concurrence », ce qui exclut les questions relatives à la compétence des personnes publiques et de leurs organes ²⁶.

C'est donc ici que se situe, avec la simplification qu'il opère des voies de recours contentieux, un des principaux apports de l'arrêt *Société Tropic travaux signalisation*. Cette possibilité d'obtenir une mesure provisoire de suspension après la signature du contrat permettra de lutter contre le phénomène de course à la signature qui parvient trop souvent à bloquer les effets pratiques de la contestation des contrats. Dans ce cadre, la jurisprudence devra encore fixer le sort des demandes de référés-suspension ou des référés précontractuels engagés avant la signature du contrat, dans le cas où la signature interviendrait avant la décision du juge. Sont-ils susceptibles d'être requalifiés en demandes de référés-suspensions intervenant dans le cadre du nouveau recours ?

L'arrêt *Société Tropic travaux signalisation* modernise ainsi de manière importante le contentieux des contrats administratifs en ouvrant aux concurrents évincés la possibilité de contester la validité d'un contrat administratif directement devant le juge administratif du contrat. Cette simplification constitue l'aboutissement d'un processus qui a constamment renforcé, d'abord dans le cadre du recours en excès de pouvoir dirigé contre les actes détachables du contrat, les prérogatives des tiers. Renforçant ainsi l'efficacité des recours juridictionnels des concurrents, il répond aux exigences de la législation communautaire dans le domaine de la commande publique, d'autant que cette évolution vers la simplification s'accompagne de l'ouverture d'une nouvelle procédure provisoire susceptible d'intervenir après la signature du contrat.

La question qui reste pendante, cependant, est celle de l'extension que le juge voudra donner à cette simplification procédurale, en l'étendant éventuellement au-delà des seuls

concurrents évincés et des seuls contrats relevant de la commande publique.

Par ailleurs, il faut relever la nouvelle illustration qu'apporte l'arrêt *Société Tropic travaux signalisation* au pouvoir de modulation de l'effet de ses décisions que se reconnaît le juge administratif à l'instar des juridictions étrangères et européennes ²⁷ ou des juridictions judiciaires ²⁸. Affirmé dans le cadre de l'annulation d'une décision dans l'arrêt CE 11 mai 2004, *Association AC!* ²⁹, ce pouvoir a été mis en œuvre à plusieurs reprises dans des circonstances variées ³⁰. Il est utilisé ici dans le cadre du plein contentieux de deux manières.

D'une part, le considérant de principe reconnaît de manière générale au juge du plein contentieux la possibilité de moduler les effets de l'annulation qu'il pourrait être amené à prononcer des contrats qui lui seront déférés dans le cadre du nouveau recours.

D'autre part, le Conseil d'Etat utilise ce pouvoir de modulation pour déclarer que « eu égard à l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours et sous réserve des actions en justice ayant le même objet et déjà engagées avant la date de lecture de la présente décision, le recours ci-dessus défini ne pourra être exercé qu'à l'encontre des contrats dont la procédure de passation a été engagée postérieurement à cette date ».

Un tel usage de la faculté de modulation de ses décisions par le juge pour concilier évolutions jurisprudentielles et sécurité juridique doit être salué. Cependant, la solution n'est pas entièrement satisfaisante en ce qu'on se demande alors pourquoi le nouveau recours est applicable à l'espèce puisque, par définition, le contrat en cause a été conclu antérieurement à la lecture de l'arrêt qui le concerne. Ce n'est alors que par une classique décision de rejet que le juge peut concilier le revirement de jurisprudence et le respect du principe de sécurité juridique. ■

(26) CE 21 juin 2000, *Synd. intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise*, BJDPC 2000, n° 12, p. 361; RFDA 2000. 1031.

(27) Cf. art. 231 du Traité instituant la Communauté européenne, et, p. ex., CJCE 26 mars 1987, *Comm. CE c/ Cons. CE*, aff. 45/86, et 11 août 1995, *Rodgers*, aff. C-367/93, D. 1996. Somm. 316, obs. P. Terneyre.

(28) Civ. 2^e, 8 juill. 2004, n° 01-10.426, Bull. civ. II, n° 387; D. 2006. Jur. 2956, note C. Bigot; AJ pénal 2004. 411, obs. J. Leblois-Happe; RTD civ. 2005. 176, obs. P. Théry.

(29) N° 255886, *supra*, note 24.

(30) P. ex., CE, sect., 25 févr. 2005, *France Télécom*, AJDA 2005. 997, obs. C. Landais et F. Lenica; RFDA 2005. 802, obs. E. Prada-Bordenave; 27 oct. 2006, *Sté Techna SA*, n° 260767; D. 2007. Jur. 621, note P. Cassia; AJDA 2006. 2385, obs. C. Landais et F. Lenica; RFDA 2007. 265, obs. F. Séners; *ibid.* 596, obs. T. Rambaud et A. Roblot-Troizier; RTD civ. 2007. 72, obs. P. Deumier; CAA Bordeaux, 22 mars 2007, *Assoc. pour la préservation des sites menacés en Bouriane*, n° 03BX00973.