



HAL
open science

Le recours des tiers contre le contrat administratif

Cécile Thomassin

► **To cite this version:**

Cécile Thomassin. Le recours des tiers contre le contrat administratif. Droit. Université de Lorraine, 2022. Français. NNT : 2022LORR0373 . tel-04499905

HAL Id: tel-04499905

<https://theses.hal.science/tel-04499905>

Submitted on 11 Mar 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



**UNIVERSITÉ
DE LORRAINE**

**BIBLIOTHÈQUES
UNIVERSITAIRES**

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact bibliothèque : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr
(Cette adresse ne permet pas de contacter les auteurs)

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10

http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



**UNIVERSITÉ
DE LORRAINE**



FACULTÉ DE
DROIT
SCIENCES
ÉCONOMIQUES
& GESTION
DE NANCY

UNIVERSITÉ DE LORRAINE

ÉCOLE DOCTORALE SJPEG – IRENEE

FACULTÉ DE DROIT, SCIENCES ÉCONOMIQUES ET DE GESTION

LE RECOURS DES TIERS CONTRE LE CONTRAT ADMINISTRATIF

Thèse pour l'obtention du grade de

Docteur en droit public de l'Université de Lorraine

Présentée et soutenue publiquement le 8 décembre 2022

par

Cécile THOMASSIN

Devant un jury composé de :

M. Christophe FARDET

Professeur à l'Université de Lorraine, co-directeur de thèse

Mme Hélène HOEPFFNER

Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

M. Jean-François LAFAIX

Professeur à l'Université de Strasbourg, rapporteur

Mme Alix PERRIN

Professeur à l'Université Paris-Dauphine-PSL, rapporteur

M. Olivier RENAUDIE

Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, directeur de thèse

UNIVERSITÉ DE LORRAINE
ÉCOLE DOCTORALE SJPEG – IRENEE
FACULTÉ DE DROIT, SCIENCES ÉCONOMIQUES ET DE GESTION

LE RECOURS DES TIERS CONTRE LE CONTRAT ADMINISTRATIF

Thèse pour l'obtention du grade de
Docteur en droit public de l'Université de Lorraine

Présentée et soutenue publiquement le 8 décembre 2022

par

Cécile THOMASSIN

Devant un jury composé de :

M. Christophe FARDET

Professeur à l'Université de Lorraine, co-directeur de thèse

Mme Hélène HOEPFFNER

Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

M. Jean-François LAFaix

Professeur à l'Université de Strasbourg, rapporteur

Mme Alix PERRIN

Professeur à l'Université Paris-Dauphine-PSL, rapporteur

M. Olivier RENAUDIE

Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, directeur de thèse

L'Université de Lorraine n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans cette thèse, celles-ci devant être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Chaque thèse commence par une rencontre entre un étudiant et un enseignant-chercheur, qui l'encourage à s'engager dans la voie de la recherche. Je remercie le Professeur Olivier Renaudie de m'avoir offert l'opportunité d'entreprendre ce travail et de m'avoir accordé sa confiance. Je le remercie pour ses précieux conseils, ses encouragements et son appui tout au long de ces années. Je remercie également le Professeur Christophe Fardet de m'avoir régulièrement témoigné son soutien. Puissent-ils trouver dans ces quelques lignes l'expression de ma profonde reconnaissance.

Mes remerciements s'adressent par ailleurs à mesdames et messieurs les Professeurs Hélène Hoepffner, Jean-François Lafaix et Alix Perrin de me faire l'honneur de siéger parmi les membres de mon jury.

Je tiens aussi à remercier chaleureusement le personnel de la cellule d'appui de l'IRENEE pour sa disponibilité, ainsi que l'équipe de gestion de l'École doctorale SJPEG.

La thèse est un voyage en solitaire au cours duquel nous croisons la route de personnes qui contribuent à enrichir cette expérience. J'adresse donc mes remerciements à mes chers collègues, grâce à qui ces années de doctorat auront été ponctuées de moments inoubliables. Je leur souhaite beaucoup de réussite dans la suite de leur parcours.

Enfin, je remercie affectueusement l'ensemble de mes proches, mes amis et ma famille, qui m'ont apporté un soutien indéfectible tout au long de mon parcours. Je remercie tout particulièrement mes parents, mes grands-parents et ma sœur.

SOMMAIRE

PARTIE 1. L'OUVERTURE DU RECOURS DES TIERS CONTRE LE CONTRAT ADMINISTRATIF

TITRE 1. LES ACTES ATTAQUABLES PAR LES TIERS

Chapitre 1. Une redistribution cohérente des actes attaquables par les tiers au contrat administratif

Chapitre 2. Une réattribution insuffisante des actes attaquables devant le juge du contrat administratif

TITRE 2. LES CONDITIONS D'ACCÈS RELATIVES AUX TIERS

Chapitre 1. L'actuelle divergence des conditions d'accès des tiers au juge du contrat administratif

Chapitre 2. L'essentielle convergence des conditions d'accès des tiers au juge du contrat administratif

PARTIE 2. L'EXERCICE DU RECOURS DES TIERS CONTRE LE CONTRAT ADMINISTRATIF

TITRE 1. L'EXERCICE DU RECOURS DES TIERS DEVANT LE JUGE DU CONTRAT ADMINISTRATIF

Chapitre 1. La définition de l'office du juge du contrat

Chapitre 2. La redéfinition de l'office du juge du contrat

TITRE 2. L'EXERCICE DU RECOURS DES TIERS DANS LE CONTENTIEUX CONTRACTUEL ADMINISTRATIF

Chapitre 1. Le recours « Tarn-et-Garonne » et les voies de recours ouvertes à l'ensemble des tiers

Chapitre 2. Le recours « Tarn-et-Garonne » et les voies de recours réservées à certains tiers

LISTE DES ABRÉVIATIONS

REVUES

<i>AFDI</i>	<i>Annuaire Français de Droit International</i>
<i>AJCT</i>	<i>Actualité juridique. Collectivités territoriales</i>
<i>AJDA</i>	<i>Actualité Juridique. Droit Administratif</i>
<i>BJCL</i>	<i>Bulletin Juridique des collectivités locales</i>
<i>BJCP</i>	<i>Bulletin Juridique des contrats publics</i>
<i>CJCT</i>	<i>Cahiers juridique des collectivités territoriales</i>
<i>Contrats, Conc. Cons.</i>	<i>Contrats, Concurrence, Consommation</i>
<i>Contrats-Marchés publ.</i>	<i>Contrats et Marchés publics (Revue du Jurisclasseur)</i>
<i>CP – ACCP</i>	<i>Contrats publics - Actualité de la Commande et des Contrats Publics</i>
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>DA</i>	<i>Revue Droit Administratif</i>
<i>GAJA</i>	M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ ET B. GENEVOIS, <i>Les grands arrêts de la jurisprudence administrative</i> , Dalloz, « Grands arrêts », 23 ^e édition, 2021.
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>Jcl. Adm.</i>	<i>JurisClasseur Administratif</i>
<i>JCP A</i>	<i>Jurisclasseur périodique (La Semaine juridique) édition administrations et collectivités territoriales</i>

JCP G	<i>Jurisclasseur périodique (La Semaine juridique) édition générale</i>
LPA	<i>Les Petites Affiches</i>
Rép. Cont. Adm.	<i>Répertoire Dalloz Contentieux Administratif</i>
RDC	<i>Revue des contrats</i>
RDI	<i>Revue de droit immobilier</i>
RDP	<i>Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger</i>
RFDA	<i>Revue Française de Droit Administratif</i>
RGCT	<i>Revue Générale des collectivités territoriales</i>
RISA	<i>Revue Internationale de Sciences Administratives</i>
RJEP	<i>Revue juridique de l'économie publique</i>
RTD. Civ.	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
RTD. Com	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
S.	<i>Sirey</i>

CODES

C. civ.	Code civil
CCP	Code de la commande publique
CJA	Code de justice administrative
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CG3P / CGCPPP	Code général de la propriété des personnes publiques
C. rur. pm	Code rural et de la pêche maritime
C. urb.	Code de l'urbanisme

JURIDICTIONS

CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits

TERMES USUELS

art.	article
Ass.	Assemblée
<i>BOAMP</i>	<i>Bulletin officiel des annonces des marchés publics</i>
c/	contre
comm.	commentaire
concl.	conclusions
éd.	édition
ét.	étude
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>JOUE</i>	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i>
ord.	ordonnance
p.	page
pp.	pages
prat.	pratique

préc.	précité
QPC	Question Prioritaire de Constitutionnalité
Sect.	Section
spéc.	spécialement
v.	voir
v^o	<i>verbo</i> : entrée d'un dictionnaire

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« Si le contrat administratif fait appel aux notions de but et d'équilibre des intérêts en présence, c'est que sa finalité n'est pas d'être un instrument de liberté entre individus égaux, mais d'être une modalité d'exercice de l'action administrative, un instrument permettant à la puissance publique de réaliser la satisfaction de l'intérêt général par une autre voie que celle de l'acte unilatéral. »¹

Le contentieux contractuel administratif a ceci de particulier qu'il s'inscrit dans deux domaines en perpétuel mouvement : le droit des contrats administratifs² d'une part, le contentieux administratif³ d'autre part. Le contentieux réservé aux tiers au contrat administratif est particulièrement topique de cette évolution. Sa période de quiétude aura duré près d'un siècle, avant de connaître de nombreux bouleversements successifs, dont la fréquence s'est accélérée au cours des dernières décennies. Cette profonde mutation entraîne inévitablement des conséquences sur la notion de contrat administratif et sur la conception juridictionnelle de celui-ci. La dernière grande réforme du contentieux contractuel administratif, marquée par la création d'un recours en contestation de la validité du contrat ouvert à l'ensemble des tiers⁴, en témoigne particulièrement. Elle démontre à

¹ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Thèse, Paris, Panthéon-Assas, 2003, n° 887.

² V. par ex. : O. DIDRICHE, « Les évolutions récentes des contrats administratifs », *AJCT* 2016 p. 132.

³ V. par ex. : F. TESSON, « Remarques sur l'évolution récente du contentieux administratif. Vers de nouveaux équilibres depuis 2014 ? », *DA* 2017 ét. 17.

⁴ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n° 358994, *Lebon* p. 70 ; concl. B. DACOSTA, *ibid.*, *BJCP* 2014 p. 204, *RFDA* 2014 p. 425 ; M. AMILHAT, *JCP A* 2014 p. 2154 P. BOURDON, *JCP G* 2014 doctr. 732 ; S. BRACONNIER, *RDI* 2014 p. 344 ; F. BRENET, *DA* 2014 comm. 36 ; A. BRETONNEAU et J. LESSI, *AJDA*

quel point l'étude du contentieux des tiers au contrat administratif n'est pas un sujet épuisé, et mérite alors d'être réactualisé (I). Cette dernière mutation offre en effet de nouvelles perspectives de recherches, en particulier en raison des notions qu'elle est susceptible de bouleverser et de la modification qu'elle apporte à la conception du contentieux des tiers au contrat administratif. Il conviendra ainsi d'en rappeler le contenu et le sens (II), de sorte à déterminer l'objectif poursuivi par la présente étude (III).

I. INTÉRÊT DE L'ÉTUDE

L'analyse du recours des tiers contre le contrat administratif révèle un intérêt notable en ce qu'il est le résultat d'une lente et profonde évolution du contentieux contractuel administratif opérant un changement de paradigme (1). Si d'importantes études ont contribué et contribuent encore à cerner le phénomène, toutes ne tiennent pas compte des dernières modifications du contentieux contractuel administratif ou ne se concentrent pas exclusivement sur le recours dont disposent désormais l'ensemble des tiers au contrat administratif (2).

A/ L'approche renouvelée du contentieux des tiers au contrat administratif

Le recours des tiers contre le contrat administratif s'inscrit dans une lignée jurisprudentielle qui a totalement renouvelé les conceptions traditionnelles et juridictionnelles de plusieurs notions : celles du contrat administratif en lui-même, du contentieux contractuel administratif, de l'office du juge du contrat ou encore du tiers au

2014 p. 1035 ; P. DELVOLVÉ, *RFDA* 2014 p. 438 ; S. DOUTEAUD, *LPA* 20 juin 2014 p. 13 ; S. DYENS, *AJCT* 2014 p. 375 ; C. FARDET, *BJCL* 2014 p. 316 ; M. GAUDEMET et A. DIZIER, *Dalloz* 2014 p. 1179 ; S. HUL, *JCP A* 2014 p. 2153 ; L. JANICOT et J.-F. LAFAIX, *RDP* 2014 p. 1175 ; J.-F. LAFAIX, *RJEP* 2014 comm. 31 ; E. LANGELIER, *JCP A* 2014 p. 2330 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAU, *Contrats-Marchés publ.* 2014 repère 5 ; M.-C. DE MONTECLER, *Dalloz* 2014 p. 1179 ; C. PRÉBISSY-SCHNALL, *Contrats, conc. consom.* 2014 comm. 164 ; P. REES, *Contrats-Marchés publ.* 2014 ét. 5 ; F. ROLIN, *RDP* 2014 p. 1198 ; M.-C. ROUAULT, *Procédures* 2014 alerte 26 ; B. SEILLER, S. BRACONNIER et B. DACOSTA, *RDP* 2014 p. 1148 ; J.-F. SESTIER, *JCP A* 2014 p. 2152 ; P. TERNEYRE, *BJCP* 2014 p. 204.

contrat. Une présentation non exhaustive⁵ des grandes étapes de l'évolution du contentieux des tiers au contrat offre donc une perspective nouvelle de celui-ci.

L'origine du contentieux des tiers au contrat administratif remonte à l'affaire *Martin*⁶ dont le Conseil d'État a fini par avoir connaissance en 1905. Il est né de l'initiative du commissaire du gouvernement Romieu⁷. À cette époque, les actes administratifs ayant concouru à la formation du contrat sont incorporés à celui-ci une fois qu'il a été signé. Cela se traduit par l'impossibilité pour le juge de l'excès de pouvoir, juge de la légalité des actes administratifs, de se prononcer sur leur validité⁸. En effet, seul le juge du contrat administratif est compétent pour statuer sur la légalité du contrat. Au juge de l'excès de pouvoir le contentieux des actes administratifs, au juge du contrat le contentieux des contrats administratifs. Or, « [l]orsque les actes administratifs, délibérations, approbations, ont abouti à la conclusion d'un contrat, les irrégularités dont ces actes se trouveraient entachés seraient évidemment de nature à nuire à sa validité »⁹. La théorie de l'incorporation paralyse donc les conséquences de l'irrégularité des actes préparatoires au contrat administratif sur la validité de celui-ci¹⁰. Ils ne sont plus attaquables, car ils n'existent plus en tant que tels. Seul le contrat administratif est contestable. Mais il l'est uniquement par les parties¹¹. C'est cette fermeture de l'excès de pouvoir que va remettre en cause le commissaire du gouvernement Romieu en affirmant que la théorie de l'incorporation

⁵ D'autres évolutions seront présentées ultérieurement au cours de cette étude. Pour une vue plus générale des grands bouleversements du contentieux contractuel administratif, v. notamment : C. MAUGÜÉ et P. TERNEYRE, « L'évolution du droit du contentieux des contrats administratifs au cours de la présidence Stirn », in *Mélanges Stirn*, Dalloz, 2019, p. 419.

⁶ CE, 4 août 1905, *Martin*, *Lebon* p. 749 ; concl. J. ROMIEU, *ibid.* ; G. JÈZE, *RDP* 1906 p. 249 ; M. HAURIOU, *Sirey* 1906. III. 49.

⁷ J. ROMIEU, Concl. sur CE, 4 août 1905, *Martin*, *Lebon* p. 749 ; *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, vol. I, dir. H. DE GAUDEMAR et D. MONGOIN, LGDJ, 2015, p. 262.

⁸ CE, 2 décembre 1892, *Julien* ; CE, 3 août 1894, *Ville de Lyon*, *Lebon* p. 542 ; CE, 19 mai 1899, *Levrieux*, *Lebon* p. 401.

⁹ J. ROMIEU, Concl. sur CE, 4 août 1905, *Martin*, préc.

¹⁰ « [l] importe avant tout de sauvegarder les droits qui ont pu naître de l'exécution du contrat et de les laisser en conséquence sous la protection du juge de ce contrat ; c'est ce juge qui seul pourra apprécier les obligations des cocontractants, dire si le lien contractuel doit subsister ou non, et dans quelles limites ; en un mot, statuer sur la validité du contrat et, le cas échéant, en prononcer la nullité ; sa compétence à cet égard est absolue et limite celle du juge de l'excès de pouvoir qui s'arrête nécessairement au seuil du contrat lui-même sans pouvoir en connaître à aucun degré. » (*Ibid.*)

¹¹ « [L]e jour où le contrat est réalisé, il y aurait incorporation à ce contrat de tous les actes administratifs qui l'ont préparé et formé ; il ne pourrait donc plus y avoir de recours pour excès de pouvoir contre ces actes administratifs, le contrat seul serait susceptible d'être attaqué par ceux qui ont qualité à cet effet devant le juge de ce contrat » (*Ibid.*)

« procède d'une pensée très exacte et fort louable, mais a une portée singulièrement restrictive des droits des citoyens ; [...] elle peut même, dans certains cas, aboutir à de véritables dénis de justice »¹². Pour cause : elle ferme les portes du contentieux de la légalité des actes administratifs aux tiers au contrat administratif et conduit à immuniser de tout contrôle les actes préparatoires. Partant de ce constat, le commissaire du gouvernement Romieu proposera alors de remplacer la théorie de l'incorporation par celle des actes détachables et sera en cela suivi par ses collègues du Conseil d'État. Concrètement, même après la conclusion du contrat, les actes administratifs ayant concouru à sa formation demeureront contestables devant le juge de l'excès de pouvoir, parce qu'ils seront considérés comme détachables. Cette détachabilité impliquera cependant que leur annulation soit sans conséquence sur le contrat administratif, sauf à ce que les parties interviennent¹³. Cette solution « concili[ait] donc d'une manière complète le respect des compétences et des droits acquis aux cocontractants avec le droit d'être jugé pour le citoyen qui, usant légitimement des garanties que la loi a entendu lui conférer, défère les illégalités administratives à la justice et saisit régulièrement le juge de l'excès de pouvoir »¹⁴. La décision *Martin*¹⁵ n'a pas été motivée par autre chose que par la volonté de permettre au justiciable, ici le tiers au contrat, de soumettre des actes administratifs au contrôle du juge de la légalité, tout en respectant la traditionnelle classification des voies de recours, distinguant le contentieux de l'excès de pouvoir du contentieux de pleine juridiction¹⁶. Le contentieux contractuel était donc resté le huis-clos des parties au contrat administratif. Ce contrat demeurait l'affaire des cocontractants, dont il fallait préserver les droits acquis sous la protection du juge du contrat.

Cette configuration contentieuse est restée stable pendant de nombreuses décennies, jusqu'à ce que le législateur octroie au juge administratif un pouvoir d'injonction¹⁷, à la suite

¹² *Ibid.*

¹³ « Nous ne dissimulons pas que l'annulation pour excès de pouvoir, dans cette catégorie de litiges, n'aura parfois qu'un caractère platonique : l'Administration, en effet, pourra régulariser aussitôt l'acte entaché de nullité, ou bien le contrat pourra subsister entre les parties, nonobstant l'annulation des actes qui ont servi à le former, si les cocontractants [...], ne demandent pas au juge du contrat ou n'obtiennent pas de lui la résolution de leurs obligations réciproques. » (*Ibid.*)

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ CE, 4 août 1905, *Martin*, préc.

¹⁶ E. LAFFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^e éd., t. II, Berger-Levrault, 1896.

¹⁷ Pour une étude d'ensemble sur l'injonction juridictionnelle et non-juridictionnelle, v. : Alix PERRIN, *L'injonction en droit public français*, Thèse, Éd. Panthéon-Assas, 2009.

de la loi du 16 juillet 1980¹⁸ et surtout de celle du 8 février 1995¹⁹, que le Conseil d'État anticipa par sa décision *Époux Lopez* de 1994²⁰. Pour la première fois en effet, saisi par un tiers d'une demande d'exécution d'un jugement ayant prononcé l'annulation d'un acte détachable, le Conseil d'État a prononcé une astreinte à l'encontre de l'administration cocontractante afin qu'elle saisisse, dans un délai imparti, le juge du contrat pour qu'il constate la nullité du contrat administratif²¹. Cet arrêt marque un véritable tournant dans le contentieux contractuel administratif, en ce qu'il a permis aux tiers ayant obtenu l'annulation d'un acte détachable de demander que les conséquences de cette annulation soient tirées sur le contrat. Ainsi le juge de l'astreinte, qui deviendra le juge de l'injonction après la loi du 8 février 1995²², est devenu intermédiaire entre le juge de l'excès de pouvoir – juge de la légalité des actes détachables – et le juge du contrat – juge protecteur des droits subjectifs des parties.

Quelques années plus tard cependant, le Conseil d'État a commencé à prendre davantage la mesure des conséquences de l'annulation d'un acte détachable sur le contrat administratif. Car dès lors que le recours en excès de pouvoir initié par un tiers pouvait entraîner des répercussions sur le contrat, en particulier sa nullité, l'exécution de celui-ci était nécessairement susceptible d'être bouleversée, parfois des années plus tard si on tient compte des délais de saisine et de jugement. Or, le contrat administratif est avant tout un acte pris pour la satisfaction de l'intérêt général. Cette singularité a notamment été reconnue en 2003 par la jurisprudence *Institut de recherche pour le développement (IRD)*²³, affirmant « que l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement la nullité dudit

¹⁸ Loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public.

¹⁹ Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

²⁰ CE Sect., 7 octobre 1994, *Époux Lopez*, n° 124244, *Lebon* p. 430, concl. R. SCHWARTZ, *ibid.* et *RFDA* 1994 p. 1090 ; J.-B. AUBY et C. MAUGÜÉ, *RDI* 1995 p. 93 ; D. POUYAUD, *RFDA* 1994 p. 1098 ; L. TOUVET et J.-H. STAHL, *AJDA* 1994 p. 867. « [C]ette jurisprudence, rendue aux conclusions conformes du Président Schwartz, [...] est la conséquence nécessaire des dispositions de la loi du 16 juillet 1980 et anticipe sur celle du 8 février 1995. » (D. CASAS, *Concl. sur CE Ass.*, 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, *BJCP* 2007 p. 391 et *RFDA* 2007 p. 696).

²¹ *Ibid.*

²² Loi n° 95-125 du 8 février 1995, préc.

²³ CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement (IRD)*, n° 248950, *Lebon* p. 501 ; concl. D. PIVETEAU, *BJCP* 2004 p. 136 et *CJEG* 2004 p. 246 ; J.-D. DREYFUS, *AJDA* 2004 p. 394 et *RDI* 2004 p. 296 ; A. MÉNÉMÉNIS, *DA* 2004 comm. 59 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2004 comm. 31.

contrat ; qu'il appartient au juge de l'exécution, saisi d'une demande d'un tiers d'enjoindre à une partie au contrat de saisir le juge compétent afin d'en constater la nullité, de prendre en compte la nature de l'acte annulé ainsi que le vice dont il est entaché et de vérifier que la nullité du contrat ne portera pas, si elle est constatée, une atteinte excessive à l'intérêt général »²⁴. C'est donc à ce moment que la finalité du contrat administratif, la satisfaction de l'intérêt général, s'est intégrée dans le contentieux contractuel administratif, en particulier pour protéger celui-ci des répercussions de l'annulation d'un acte détachable. En tant que contentieux subjectif, le contentieux de la validité du contrat demeurerait toutefois le monopole des parties. L'influence du droit de l'Union européenne a cependant conduit à y mettre un terme.

Anticipant le projet de la directive « recours » de 2007²⁵ et dépassant la distinction excès de pouvoir – plein contentieux, le Conseil d'État a finalement ouvert aux tiers un recours de pleine juridiction contre le contrat administratif, par la décision *Tropic Travaux*²⁶ rendue le 16 juillet 2007. L'institution de cette voie d'action permettant aux tiers de contester directement la validité du contrat administratif présentait le grand avantage de pallier les inconvénients du contentieux des actes détachables, mobilisant l'intervention de trois juges (juge de l'excès de pouvoir, juge de l'exécution et juge du contrat) et entraînant le cas échéant la nullité du contrat, parfois des années plus tard, au détriment de sa sécurité

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Directive n° 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics. « Il se trouve [...] que les autorités communautaires ont entamé une réforme des directives Recours dont le contenu, d'ores et déjà connu et qui vient d'être adopté en première lecture par le Parlement européen [...] est susceptible de remettre en cause cette inviolabilité contractuelle. Sans entrer dans le détail de ce texte dont la présidence allemande a indiqué qu'elle souhaitait le voir aboutir à la fin de l'année 2007, on peut en retenir qu'il exige des États 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. [...] Ces innovations sont de nature, vous le constatez, à modifier nos habitudes de penser : elles vont nécessairement ouvrir, au bénéfice de personnes qui ne sont pas les parties au contrat, la possibilité d'atteindre directement celui-ci. [...] De tout cela, nous retirons la conviction qu'en tout état de cause, l'état actuel de notre droit national ne permettra pas d'assurer ce qui sera très probablement et à court terme une obligation issue du droit communautaire. » (D. CASAS, Concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, *BJCP* 2007 p. 391 et *RFDA* 2007 p. 696).

²⁶ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545, *Lebon* p. 360 ; concl. D. CASAS, *BJCP* 2007 p. 391 et *RFDA* 2007 p. 696 ; P. CASSIA, *AJDA* 2007 p. 1964 ; P. COSSALTER, *DA* 2007 comm. 242 ; P. DELVOLVÉ, *RJEP* 2007 p. 327 ; F. LENICA et J. BOUCHER, *AJDA* 2007 p. 1577 ; F. MELLERAY, *RDP* 2007 p. 1383 ; F. MODERNE, *RFDA* 2007 p. 923 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, *CMP* 2007 repère 8 et 2008 repère 5 ; J.-P. PIETRI, *CMP* 2008 comm. 254 ; D. POUYAUD et M. CANEDO, *RFDA* 2007 p. 935 ; B. SEILLER, *JCP A* 2007 n° 38 p. 2227 ; M. TOUZEIL-DIVINA, *RGCT* 2008 n° 4 p. 16 ; M. UBAUD-BERGERON, *JCP* 2007 II p. 1016.

juridique. « Or l'insécurité juridique coûte et elle coûte cher. Elle est mauvaise pour la vie des affaires et elle pèse sur les finances publiques, car les cocontractants de l'administration la lui font payer »²⁷. Aussi le juge du contrat a-t-il été doté d'un office entièrement refondé et, plus précisément, de pouvoirs permettant de prononcer des mesures alternatives à la nullité du contrat, en fonction de l'irrégularité constatée²⁸. La décision *Tropic*²⁹ a ainsi profondément bouleversé la conception du contrat administratif et consécutivement le contentieux des contrats administratifs et l'office du juge du contrat. C'est cet arrêt qui introduira finalement l'objectif de stabilité des relations contractuelles au sein du contentieux de la validité du contrat administratif³⁰. Parce que celui-ci engage des dépenses parfois considérables, que son annulation entraîne alors des conséquences dévastatrices, le juge de plein contentieux deviendra, de façon assumée, celui qui assure prioritairement la sécurité juridique du contrat, relayant le principe de légalité au second plan. Toutefois, le caractère novateur de la décision *Tropic*³¹ a produit des effets limités en raison du manque d'ambition du Conseil d'État. Contrairement à ce que proposait le rapporteur public Didier Casas³², le recours direct contre le contrat administratif n'a été ouvert qu'à une catégorie spécifique de tiers : les concurrents évincés³³. Le Conseil d'État n'a donc pas saisi l'opportunité de procéder à un changement plus radical, se contentant de définir ce nouveau recours dans les limites des exigences de l'Union européenne³⁴.

²⁷ D. Casas, Concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

²⁸ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ La décision *Tropic* (CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.) inspirera également la refonte du recours des parties contre le contrat administratif : CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802, *Lebon* p. 509 ; concl. E. GLASER, *ibid.*, *BJCP* 2010 p. 138 et *RFDA* 2010 p. 506 ; O. DIDRICHE, *AJCT* 2010 p.114 ; J. GOURDOU et P. TERNEYRE, *RJEP* Juin 2010 p.19 ; A. LALLET et X. DOMINO, *AJDA* 2011 p. 665 ; S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, *AJDA* 2010 p. 142 ; F. LINDITCH, *JCP A.* 2010 p. 2072 ; R. NOGUELLOU, *RDI* 2010 p. 265 ; H. PAULIAT, *RDP* 2010 p. 553 ; D. POUYAUD, *RFDA* 2010 p. 519 ; P. REES, *Contrats-Marchés publ.*, Mars 2010 p. 38 ; B. SEILLER, *Gaz. Pal.* 16 mars 2010 p. 13.

³¹ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

³² Proposant d'ouvrir le prétoire du juge du contrat à tous les tiers justifiant de droits lésés : D. Casas, Concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc. Le commissaire du gouvernement Jacques-Henri Stahl avait quant à lui suggéré l'idée d'ouvrir à l'ensemble des tiers le recours en excès de pouvoir afin de contester le contrat administratif : J.-H. STAHL, Concl. sur CE Sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, *RFDA* 1999 p. 128.

³³ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

³⁴ Le projet de directive avait uniquement vocation à sanctionner les manquements aux procédures de passation : Directive n° 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007, préc.

Les inconvénients relatifs au contentieux des actes détachables ont ainsi partiellement perduré. Si le Conseil d'État a cependant tenté de limiter leurs effets, en réformant l'office du juge de l'exécution saisi à la suite de l'annulation d'un acte détachable³⁵, il aura fallu attendre encore quelques années pour que le contentieux des tiers au contrat administratif soit entièrement refondé. C'est en effet par la décision *Département de Tarn-et-Garonne*³⁶ rendue le 4 avril 2014 que le recours en contestation de la validité du contrat administratif a été ouvert à l'ensemble des tiers. Ce revirement de jurisprudence a entraîné un changement de paradigme se déclinant à plusieurs niveaux, qui n'a jusqu'alors fait l'objet d'aucune étude spécifique.

B/ L'absence d'étude spécifique sur le recours des tiers contre le contrat administratif

Le recours des tiers contre le contrat administratif, qu'on peut aussi désigner de recours « Tarn-et-Garonne », a suscité l'intérêt d'un grand nombre de commentateurs³⁷ et parfois même la réticence de certains³⁸. Force est toutefois de constater que l'étude d'une unique voie d'action peut provoquer quelques interrogations quant à sa pertinence. Elle s'insère pourtant dans des axes de recherches d'une ampleur telle qu'ils ont eux-mêmes fait l'objet d'études approfondies, sans pour autant proposer la même approche que celle qui sera développée ici.

L'examen du recours des tiers contre le contrat administratif suppose en effet de s'intéresser à la notion de tiers au contrat. Si le sujet a déjà été partiellement traité à l'aune de la fonctionnalité de la notion de tiers en droit administratif³⁹, par Madame Élisabeth Jurvilliers-Zuccaro, il ne permet pas de tenir compte de l'évolution jurisprudentielle opérée

³⁵ CE, 21 février 2011, *Société Ophrys*, n° 337349, *Lebon* p. 54 ; concl. B. DACOSTA, *BJCP* 2011 p. 133 ; F. BRENET, *DA* 2011 comm. 47 ; M.-C. DE MONTECLER, *AJDA* 2011. 356 ; R. NOGUELLOU, *RDI* 2011 p. 277 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2011 comm. 123 ; F. SCANVIC, *AJCT* 2011 p. 419.

³⁶ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

³⁷ V. *supra* p. 1, note n° 4.

³⁸ F. LAFAILLE, « La jurisprudence *Tarn-et-Garonne* ou le tiers « sans qualité » », *AJDA* 2018 p. 1201 ; F. ROLIN, « Du recours pour excès de pouvoir de l'État légal à la protection des intérêts subjectifs dans l'État contemporain : quelques réflexions critiques sur l'arrêt *Département du Tarn-et-Garonne* », *RDP* 2014 p. 1198.

³⁹ E. JURVILLIERS-ZUCCARO, *Le tiers en droit administratif*, Thèse dactyl., Nancy, 2010.

par l'arrêt *Tarn-et-Garonne*⁴⁰. Il soulève également la question de l'évolution de l'office du juge du contrat administratif. On peut en cerner les contours et en trouver les fondements au sein de la thèse de Madame Élise Langelier⁴¹. L'étude du recours des tiers contre le contrat administratif exige d'ailleurs, plus précisément, d'analyser les conséquences des irrégularités entachant le contrat administratif, c'est-à-dire l'attitude du juge administratif face à celles-ci. Sur ce point, plusieurs études ont été produites à différents stades de l'évolution du contentieux contractuel administratif. La première étude d'ensemble a été proposée en 1991 par Madame le Professeur Dominique Pouyaud, sur le thème de « La nullité des contrats administratifs »⁴². Elle y démontrait notamment la réticence des parties à saisir le juge du contrat ainsi que l'hésitation de celui-ci à constater la nullité du contrat administratif. Elle déplorait par ailleurs le « caractère platonique »⁴³ du recours en excès de pouvoir contre les actes détachables. La deuxième étude de ce genre a été publiée en 2009 par le Professeur Jean-François Lafaix, dans son « Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration »⁴⁴. Anticipant les évolutions à venir du contentieux contractuel administratif, il y présente les différentes techniques de consolidation et de maintien en vigueur des contrats irréguliers, démontrant par la même occasion que la nullité n'était pas un état préexistant, mais une sanction. Quelques années plus tard en 2014, le Professeur Pierre Bourdon consacre une thèse portant sur « Le contrat administratif illégal »⁴⁵. Remettant également en cause la théorie des nullités, il propose une typologie des irrégularités affectant le contrat et étudie les conséquences de celles-ci sur l'acte contractuel. Les trois études précitées ont notamment contribué à mettre en exergue l'impératif de sécurité juridique conduisant à tempérer les effets des vices entachant le contrat administratif ; même si cette politique jurisprudentielle n'était pas aussi assumée qu'aujourd'hui et, que le juge administratif ne disposait pas toujours des mêmes pouvoirs. C'est la thèse de Madame Stéphanie Douteaud, récemment réactualisée, qui présente une

⁴⁰ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁴¹ E. LANGELIER, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, Thèse, Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2012.

⁴² D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, Thèse, LGDJ, 1991.

⁴³ J. ROMIEU, Concl. sur CE, 4 août 1905, *Martin*, préc.

⁴⁴ J.-F. LAFaix, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, Thèse, Dalloz, 2009.

⁴⁵ P. BOURDON, *Le contrat administratif illégal*, Thèse, Dalloz, 2014.

vue d'ensemble du contentieux administratif contractuel à l'aune de « La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité »⁴⁶.

L'ensemble des études mentionnées intéressent évidemment le contentieux des tiers au contrat administratif, sans toutefois l'analyser de manière spécifique. Certes, on recense notamment deux thèses s'inscrivant dans ce domaine de recherches. La première, élaborée par Madame Laura Tallet-Preud'homme, porte sur « L'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat »⁴⁷. Elle a cependant été produite avant la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*⁴⁸. Surtout, l'objet de notre étude s'en distingue en ce qu'il dépasse le cadre de la commande publique et appréhende le recours des tiers contre le contrat administratif au-delà de la question de l'articulation des voies de recours. La seconde thèse intéressant « Le contentieux des tiers au contrat administratif »⁴⁹ porte précisément sur ce sujet. Présentée par Monsieur Thomas Guilbaud, elle a pour objectif de dresser un état des lieux du contentieux contractuel des tiers, tout en proposant de réformer celui-ci et de généraliser un pouvoir juridictionnel de sanction pécuniaire.

L'étude du recours des tiers contre le contrat administratif repose cependant sur la conviction que la décision *Tarn-et-Garonne*⁵⁰ a un tel impact, qu'elle mérite de faire l'objet d'une analyse spécifique, qui se concentre sur les conséquences de l'édification prétorienne d'une nouvelle voie de recours, jusqu'alors jamais exploitée par les tiers et le juge du contrat administratif. La confrontation des principales notions mobilisées dans le cadre de cette étude témoigne des enjeux soulevés par la création d'un recours de plein contentieux ouvert à l'ensemble des tiers au contrat administratif.

⁴⁶ S. DOUTEAUD, *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, Thèse, LGDJ, réact. 2022.

⁴⁷ L. TALLET- PREUD'HOMME, *L'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat*, Thèse, L'Harmattan, 2014.

⁴⁸ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁴⁹ T. GUILBAUD, *Le contentieux des tiers au contrat administratif*, Thèse dactyl, Paris, 2016.

⁵⁰ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

II. OBJET DE L'ÉTUDE

S'il peut apparaître *a priori* superfétatoire de s'attacher à définir l'objet d'une étude autant circonscrite que celle portant sur le recours des tiers contre le contrat administratif, tel n'est pas le cas lorsque l'on s'intéresse plus précisément aux termes du sujet. Sans préjuger des conclusions tirées de la présente étude, il apparaît évident que l'arrêt *Tarn-et-Garonne*⁵¹ est susceptible d'avoir modifié aussi bien la notion de contrat administratif (A) que celle de tiers (B), ainsi que les rapports qu'elles entretiennent entre elles. Aussi convient-il de les identifier préalablement à la présentation de la voie d'action dont disposent désormais les tiers (C).

A/ Le contrat administratif

La voie d'action dont disposent désormais les tiers au contrat administratif offre à ces derniers des perspectives de remise en cause d'un acte pris pour l'intérêt général (1), qui figure aujourd'hui comme l'instrument privilégié de l'administration (2). Elle leur permet en outre de s'immiscer potentiellement dans les relations établies entre les parties au contrat (3).

1. Le contrat administratif : un acte d'intérêt général

Incontestablement, le contrat administratif est un acte d'intérêt général. Mais pour l'identifier en tant que tel, la loi ne suffit pas (a). C'est au sein des critères posés par la jurisprudence que la singularité du contrat administratif se situe et donc grâce à ces derniers qu'on peut mesurer l'ampleur de son exorbitance (b).

⁵¹ *Ibid.*

a) *L'insuffisance des qualifications législatives*

L'identification d'un contrat administratif s'opère aujourd'hui spontanément par la recherche de qualifications législatives. L'immense majorité des contrats administratifs sont expressément déterminés comme tel par la loi. La loi « MURCEF »⁵² qualifiait d'administratifs tous les contrats passés en application du Code des marchés publics⁵³. De même, dans sa version en vigueur au 19 juin 2004, l'article L. 1414-1 du Code général des collectivités territoriales disposait notamment que « les contrats de partenariats sont des contrats administratifs »⁵⁴. L'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 affirmait quant à elle que les contrats de concession de travaux publics étaient des contrats administratifs⁵⁵.

Désormais, l'article L.6 du Code de la commande publique dispose que « [s]'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats relevant du présent code sont des contrats administratifs »⁵⁶. Il inclut ainsi, parmi les contrats administratifs, à condition qu'ils soient passés par une personne publique⁵⁷, d'une part les marchés publics, c'est-à-dire les « contrat[s] conclu[s] par un ou plusieurs acheteurs [...] avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent »⁵⁸ ; d'autre part, les contrats de concessions, à savoir les « contrat[s] par [lesquels] une ou plusieurs autorités concédantes [...] confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du

⁵² Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier.

⁵³ Art. 2 *ibid.* : « Les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs. Toutefois, le juge judiciaire demeure compétent pour connaître des litiges qui relevaient de sa compétence et qui ont été portés devant lui avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi. » Si la loi « MURCEF » définissait par ailleurs la délégation de service public (art. 3), elle ne la qualifiait pas expressément de contrat administratif.

⁵⁴ Art. L. 1414-1 CGCT issu de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat (art. 14), abrogée depuis le 1^{er} avril 2016.

⁵⁵ Art. 1 ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics : « Les contrats de concession de travaux publics sont des contrats administratifs dont l'objet est de faire réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil par un concessionnaire dont la rémunération consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix ».

⁵⁶ Art. L.6 CCP.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Art. L. 1111-1 CCP.

service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix »⁵⁹.

Impulsée par l'Union européenne⁶⁰, la réforme de la commande publique⁶¹ aura eu le mérite de donner enfin naissance à un code homogène définissant la plupart des contrats administratifs. Ainsi de l'ensemble des marchés publics, y compris les marchés de partenariat et de l'ensemble des concessions de travaux ou de service, ce qui inclut notamment les concessions d'aménagement⁶² et les délégations de service public⁶³. Partant de ce constat, deux remarques s'imposent à propos du champ d'application du Code de la commande publique. La première est d'ordre lexical. Une part essentielle des contrats administratifs est régie, donc qualifiée par le Code de la commande publique. Pour autant, tous les contrats de la commande publique ne sont pas des contrats administratifs, en raison de l'influence du droit de l'Union européenne en la matière⁶⁴. Le Code de la commande

⁵⁹ Art. L. 1121-1 CCP.

⁶⁰ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ; Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE. Transposées par : Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ; Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ; Décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession ; Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ; Décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité. Version définitive : Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique ; Décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique.

⁶¹ Dossier : « Les nouvelles dispositions sur les contrats de la commande publique », *RFDA* 2016 n° 2.

⁶² Art. R.300-4 C. urb. : « Les dispositions de la troisième partie du code de la commande publique et les dispositions de la présente sous-section sont applicables aux concessions d'aménagement lorsque le concessionnaire assume un risque économique lié à l'opération d'aménagement ». Art. R. 300-11-2, I : « Lorsque le montant total des produits de l'opération d'aménagement faisant l'objet du contrat est égal ou supérieur au seuil européen applicable aux marchés publics de travaux publié au Journal officiel de la République française, la concession d'aménagement est passée en application des règles prévues : 1° Pour l'État et ses établissements publics, par la deuxième partie du code de la commande publique [...] ».

⁶³ Art. L. 1121-3 CCP : « La délégation de service public mentionnée à l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales est une concession de services ayant pour objet un service public et conclue par une collectivité territoriale, un établissement public local, un de leurs groupements, ou plusieurs de ces personnes morales ».

⁶⁴ Le droit de l'Union européenne bouleverse progressivement la vision dichotomique française du contrat et par conséquent, la notion de contrat administratif. V. : M. AMILHAT, *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, Thèse, Bruylant, 2014. Le Code de la commande publique, issu de la transposition de directives européennes, entraîne alors nécessairement un impact sur le contrat administratif : P. DELVOLVÉ, « Les contrats de la « commande publique » », *RFDA* 2016 p. 200 ; H. HOEPFFNER et M. UBAUD-BERGERON, « L'apport du Code de la commande publique à la théorie du contrat administratif », *RDP* 2021 p. 1161.

publique s'applique également aux marchés « publics » ou concessions passés par des personnes privées⁶⁵. Aussi, lorsque nous évoquerons au cours de cette étude les *contrats de la commande publique*, les *marchés* et les *concessions*, nous désignerons uniquement ceux conclus par les personnes publiques, c'est-à-dire ceux de nature administrative.

La seconde remarque est plus substantielle, car elle est relative au rapport entre le champ d'application du Code de la commande publique et la notion de contrat administratif. En effet, si la notion de contrat administratif est en partie intégrée dans ces dispositions législatives, elle existe également en dehors de celles-ci. Autrement dit, tous les contrats administratifs ne sont pas soumis au Code de la commande publique. Certains se situent « à la marge de la commande publique »⁶⁶. Cela signifie qu'ils échappent en principe au Code de la commande publique, mais « [c]ompte tenu cependant du caractère attractif de la notion de commande publique, ils risquent d'être requalifiés comme tels dès lors que la collectivité publique met à la charge de son cocontractant certaines obligations »⁶⁷. Il en va ainsi par exemple de certaines conventions domaniales⁶⁸ ou de conventions passées entre personnes publiques⁶⁹. D'autres contrats administratifs sont exclus de la commande publique⁷⁰, comme les contrats de recrutement d'agents publics⁷¹. La présente étude n'est donc pas limitée aux seuls contrats administratifs relevant de la commande publique, car ils ne peuvent refléter à eux seuls la notion de contrat administratif. Ce décalage entre celle-ci et les différentes qualifications législatives existantes n'est toutefois pas exclusif de la commande publique.

⁶⁵ M. UBAUD-BERGERON, « Le champ d'application organique des nouvelles dispositions », *RFDA* 2016 p. 218.

⁶⁶ H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., Dalloz, 2020, pp. 251-278.

⁶⁷ *Ibid.*, n° 252.

⁶⁸ *Ibid.* pp. 238-258, spéc. pp. 253-258. Le Code de la commande publique contient par ailleurs des dispositions relatives à l'occupation domaniale par le titulaire d'un marché de partenariat (arts. L. 2213-10 à L. 2213-13 CCP) et à sa valorisation (arts. L. 2233-1 à L. 2233-3 CCP), ainsi que des dispositions relatives à l'occupation domaniale et aux biens des concessions (arts. L. 3132-1 à L. 3132-6 CCP).

⁶⁹ H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, préc. pp. 259-278.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 279-295.

⁷¹ *Ibid.* pp. 287-295.

b) La pertinence des critères jurisprudentiels

De manière générale, il apparaît que la notion de contrat administratif ne peut être saisie à la seule lumière de la loi. Car lorsque celle-ci postule pour le caractère administratif d'un contrat, afin d'emporter la compétence du juge administratif⁷², elle ne dit pas grand-chose du contrat administratif. Afin d'appréhender les contours de sa notion et de comprendre la finalité du contrat administratif, il convient de s'intéresser sinon à la théorie générale du contrat administratif⁷³, au moins à ses critères jurisprudentiels. Le premier de ces critères est organique. Un contrat administratif requiert la présence d'au moins une personne publique, car les contrats conclus entre personnes privées sont en principe des contrats de droit privé⁷⁴. Autrement dit, un contrat administratif est conclu par au moins une personne – l'Administration – dont la raison d'être repose sur la satisfaction de l'intérêt général⁷⁵.

Les tempéraments à ce critère organique le confirment. Même passé entre deux personnes privées, le contrat est administratif notamment dans l'hypothèse où l'une d'elles révèle la présence indirecte d'une personne publique⁷⁶. Tel est le cas lorsque la personne privée agit au nom et pour le compte de la personne publique, en vertu d'un mandat exprès au sens du Code civil⁷⁷, ou d'un mandat tacite aussi qualifié de mandat administratif⁷⁸. Tel

⁷² TC, 2 mars 1970, *Société Duvoir*, n° 01936, *Lebon* p. 885 ; concl. G. BRAIBANT, *ibid.*

⁷³ G. PÉQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, Thèse, Pédone, 1945. V. également : A. LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, LGDJ, 1956.

⁷⁴ TC, 3 mars 1969, *Société interprofessionnelle du lait et des dérivés Interlait*, n° 01926, *Lebon* p. 682 ; concl. J. KAHN, *AJDA* 1969 p. 307

⁷⁵ « Le droit administratif s'est édifié sur un postulat d'exclusion et de supériorité : l'administration ne peut agir exclusivement dans le but de satisfaire des intérêts privés, l'intérêt général est supérieur à ces derniers. » (D. TRUCHET, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre », *EDCE* 1999 p. 371). « L'intérêt général n'agit pas comme une limite à l'action administrative, mais comme un mécanisme de légitimation : la référence à l'intérêt général permet à l'État de se présenter comme l'incarnation de la volonté populaire et de fonder son autorité sur le consentement des citoyens. » (J. CHEVALLIER, « L'intérêt général dans l'administration française », *RISA* 1975 p. 325).

⁷⁶ « [L]es contrats conclus entre personnes privées sont en principe des contrats de droit privé, hormis le cas où l'une des parties agit pour le compte d'une personne publique [...] » (TC, 8 juillet 2013, *Société d'exploitation des énergies photovoltaïques c/ EDF et ERDF*, n° 3906, *Lebon* p. 371 ; *AJDA* 2013 p. 1483 ; P. DEVILLERS, *Contrats-Marchés publ.* comm. 241 ; C.A. DUBREUIL, *JCP A* 2013 act. 644 ; Y. SIMONNET, *DA* 2013 comm. 78 ; P. TIFINE, *RDR* 2014 comm. 14).

⁷⁷ Art. 1984 C. civ. : « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire ».

⁷⁸ CE Sect., 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine*, n° 86738, *Lebon* p. 326 ; concl. J.-F. THÉRY, *ibid.* ; M. FRANC et M. BOYON, *AJDA* 1975 p. 345 ; F. MODERNE, *Dalloz* 1976 p. 3 ; TC, 7 juillet

est également le cas lorsque la personne privée est transparente, c'est-à-dire quand elle se présente sous forme d'association en réalité fictive, car constituée par une personne publique⁷⁹. Par ailleurs, le contrat passé entre deux personnes publiques bénéficie d'une présomption d'administrativité⁸⁰.

Le critère organique se cumule cependant avec le critère matériel, qui est cumulatif. Le contrat conclu par une personne publique est donc administratif soit en raison de son objet, soit en raison de ses clauses. L'objet du contrat passé par une personne publique revêt un caractère administratif lorsqu'il est suffisamment lié au service public ou à la réalisation de travaux publics. Le lien avec le service public est ainsi établi dans trois principales hypothèses : quand le contrat confie au cocontractant l'exécution même du service public⁸¹ ; quand son objet est constitutif d'une modalité d'exécution du service public⁸² ; quand il a pour but de faire participer le cocontractant à l'exécution du service public⁸³. Le lien entre le contrat et les travaux publics est quant à lui établi dès lors que son objet est directement ou indirectement⁸⁴ relatif à l'exécution de travaux publics⁸⁵. Qu'il s'agisse de contribuer à l'exécution du service public ou à la réalisation d'un travail public, le contrat administratif s'inscrit donc dans une démarche de satisfaction de l'intérêt général. Mais peut-on en dire autant du contrat dont le caractère administratif est reconnu en raison de son régime exorbitant ?

1975, *Commune d'Agde*, n° 02013, *Lebon* p. 798 ; C. BETTINGER, *Dalloz* 1977 p. 8 ; F. MODERNE, *JCP* 1975 II. 18171.

⁷⁹ CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, n° 281796, *Lebon* p. 130 ; concl. N. BOULOUIS, *BJCP* 2007 p. 230 ; J.-D. DREYFUS, *AJDA* 2007 p. 915 ; G. ECKERT, *Contrats-Marchés publ.* 2007 comm. 137 ; F. LICHÈRE, *Contrats-Marchés publ.* 2007 ét. 14.

⁸⁰ TC, 21 mars 1983, *UAP*, n° 2256, *Lebon* p. 537 ; concl. D. LABETOULLE, *AJDA* 1983 p. 356 ; F. MODERNE, *RFD* 1984 p. 1. Cette présomption n'est toutefois pas irréfragable. Le contrat conclu entre deux personnes publiques est privé « dans les cas où, eu égard à son objet, il ne fait naître que des rapports de droit privé. » (*ibid.*).

⁸¹ CE, 4 mars 1910, *Thérond*, n° 29373 ; concl. G. PICHAT, *Sirey* 1911 II p. 17 ; G. JÈZE, *RDP* 1910 p. 256 ; M. HAURIU, *Sirey* 1911 II p. 17 ; CE Sect., 20 avril 1956, *Époux Bertin*, n° 98637, *Lebon* p. 167 ; concl. M. Long, *AJDA* 1956 p. 272 et *RDP* 1956 p. 869 ; J. Fournier et G. Braibant, *AJDA* 1956 p. 221 ; A. de Laubadère, *Dalloz* 1956 p. 433 ; M. Waline, *RDP* 1956 p. 869.

⁸² CE Sect., 20 avril 1956, *Consorts Grimouard*, n° 33961, *Lebon* p. 168 ; concl. M. Long, *AJDA* 1956 p. 187 et *RDP* 1956 p. 1058 ; J. Fournier et G. Braibant, *AJDA* 1956 p. 22 ; M. Waline, *RDP* 1956 p. 1058.

⁸³ CE Sect., 20 mars 1959, *Lauthier*, n° 98637, *Lebon* p. 198 ; concl. M. BERNARD, *RDP* 1959 p. 770 ; M. COMBARNOUS et J.-M. GALABERT, *AJDA* 1959 p. 68 ; A. DE LAUBADÈRE, *Dalloz* 1960 p. 280.

⁸⁴ La notion de travail public revêt un « caractère attractif » (H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 132).

⁸⁵ CE Sect., 7 novembre 1930, *Meunier*, n° 96053, *Lebon* p. 914 ; G. MONSARAT, *Dalloz* 1931 p. 29 ; CE Sect., 13 octobre 1972, *SA Le Crédit du Nord c/ OPHLM Calvados*, n° 79499, *Lebon* p. 630.

Traditionnellement, il était admis qu'un contrat était administratif indépendamment de son objet dès lors qu'il comportait au moins une « clause exorbitante de droit commun »⁸⁶. Ce critère présentait toutefois l'inconvénient de poser une définition négative de la clause exorbitante et *a fortiori* du contrat administratif, identifiée par rapport au droit privé⁸⁷. Depuis, la qualification de contrat administratif exige la présence d'une « clause qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs »⁸⁸. Deux conditions cumulatives doivent ainsi être satisfaites afin de caractériser l'exorbitance du régime du contrat. D'une part « la stipulation doit révéler la nécessité de soumettre le contrat au régime des contrats administratifs, c'est-à-dire soit conférer à la personne publique des prérogatives ou avantages exorbitants, soit imposer à son cocontractant des sujétions exorbitantes »⁸⁹ ; d'autre part, la stipulation « doit s'exercer dans un but d'intérêt général faute de quoi la clause qui doterait la personne publique de pouvoirs unilatéraux ne saurait être qualifiée d'exorbitante »⁹⁰.

La poursuite de la satisfaction de l'intérêt général constitue ainsi la figure de proue du contrat administratif. L'importance de sa finalité se manifeste encore par la règle selon laquelle un contrat conclu par deux personnes privées revêt un caractère administratif lorsqu'il constitue l'accessoire d'un contrat de droit public⁹¹. Il n'est donc pas hasardeux que la théorie générale du contrat administratif⁹² ait été bâtie en « partant du postulat que la concession de service public est l'archétype du contrat administratif »⁹³, tant le lien entre l'intérêt général et le service public est tenu⁹⁴. Et ce sont surtout les critères jurisprudentiels

⁸⁶ CE, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, n° 30701, *Lebon* p. 909 ; concl. L. BLUM, *ibid.* ; G. JÈZE, *RDP* 1914 p. 145.

⁸⁷ H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, préc., pp. 128-130.

⁸⁸ TC, 13 octobre 2014, *Société Axa France LARD*, n° 3963, *Lebon* p. 471 ; concl. F. DESPORTES, *BJCP* 2015 p. 11 ; A. BASSET, *RDP* 2015 p. 869 ; F. BRENET, *DA* 2015 comm. 3 ; G. ECKERT, *Contrats-Marchés publ.* 2014 comm. 322 ; J. LESSI et L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, *AJDA* 2014 p. 2180 ; J. MARTIN, *RFDA* 2014 p. 23.

⁸⁹ H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 138.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ TC, 8 juillet 2013, *Société d'exploitation des énergies photovoltaïques c/ EDF et ERDF*, préc.

⁹² G. PÉQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, Thèse, Pédone, 1945. V. également : A. LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, LGDJ, 1956.

⁹³ H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 8

⁹⁴ « La définition s'énonce simplement : une activité constitue un service public quand elle est assurée ou assumée par une personne publique en vue d'un intérêt public. Toutes autres données ou considérations sont indifférentes. »⁹⁴ (R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15 éd., Montchrestien, 2001, n° 748). Si l'auteur

du contrat administratif qui permettent d'appréhender le caractère exorbitant du contrat administratif : un acte pris par l'Administration dans l'intérêt général, contribuant généralement à l'exécution ou au fonctionnement du service public et ainsi soumis à un régime particulier. Le constat dressé par le Professeur Jèze demeure encore d'actualité : « les effets des contrats administratifs ne sont pas les mêmes que les effets des contrats civils. Celui qui conclut un contrat administratif prend l'obligation non seulement de ne pas gêner le fonctionnement du service public, mais encore de faciliter le fonctionnement du service public »⁹⁵.

Certes, au-delà du seul Code de la commande publique, les contrats administratifs sont aujourd'hui largement qualifiés comme tels par détermination de la loi, au point que « les critères jurisprudentiels ne jouent plus qu'un rôle secondaire, voire résiduel »⁹⁶. Les caractéristiques du contrat administratif, telles que définies par la jurisprudence, conservent cependant un intérêt essentiel pour comprendre la nature et la finalité de cet acte. Deux raisons à cela. La première repose sur la tendance du législateur, heureusement limitée, à s'affranchir des critères jurisprudentiels pour qualifier d'administratifs des contrats qui sont loin d'avoir un objet comparable et d'entraîner les mêmes effets. Ainsi par exemple des contrats financiers ou contrats d'assurance⁹⁷. La seconde raison réside dans la corrélation entre la définition des contrats administratifs par détermination de la loi et celle des contrats administratifs par application des critères jurisprudentiels⁹⁸. Tel est exemple le cas des

ne mentionne que l'intérêt public, nous considérons que celui-ci peut se fondre dans l'intérêt général, afin de ne pas séparer deux notions assimilables : M. DEGUERGUE, « Intérêt général et intérêt public : tentative de distinction », in *Mélanges Truchet*, Dalloz, 2015 p. 131.

⁹⁵ G. JÈZE, *Les Principes généraux du droit administratif : Le Fonctionnement des services publics* (t. III), Dalloz, 1926, p. 8.

⁹⁶ H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, préc, n° 91.

⁹⁷ « Dans certaines hypothèses [...], la qualification du législateur est intervenue à rebours de la solution qui aurait résulté de l'application des critères jurisprudentiels. [...] Ces qualifications ont conduit à « gonfler » la catégorie des contrats administratifs, en y incorporant des contrats dont l'objet ou le régime ne justifie nullement cette solution (ex. contrats financiers ou d'assurance) ». (H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, préc. n° 91). Nous aurons l'occasion de comprendre que si de tels contrats peuvent en théorie être contestés par les tiers, il est peu probable qu'ils les intéressent autant que les contrats administratifs par nature.

⁹⁸ « La portée de ces qualifications légales ne doit pas être surestimée. Dans nombre d'hypothèses, l'intervention du législateur est surabondante. Les contrats en cause auraient été qualifiés de contrats administratifs par application des critères jurisprudentiels. » (*Ibid.*).

conventions d'occupation du domaine public⁹⁹. L'article L. 6 du Code de la commande publique reprend même les critères du contrat administratif définis par la jurisprudence et codifie une partie des règles exorbitantes qui leur sont applicables¹⁰⁰. Cette codification récente témoigne de la pertinence d'éléments constitutifs du contrat administratif établis de longue date. Ils caractérisent ce que nous appellerons la dimension publique du contrat administratif. Celle-ci est d'ailleurs renforcée par la place du contrat administratif au sein de l'action administrative.

2. Le contrat administratif : un outil de l'action administrative

« L'époque contemporaine est marquée par une montée en puissance du contrat comme modalité d'action des personnes publiques. À tel point que l'expression *contractualisation de l'action publique* est dorénavant entrée dans le vocabulaire courant afin de désigner une tendance générale conduisant les pouvoirs publics à substituer l'action concertée à l'action unilatérale dans des domaines de plus en plus nombreux »¹⁰¹. Il ne s'agit pas ici d'étudier la

⁹⁹ Art. L. 2331-1 CGPPP : « Sont portés devant la juridiction administrative les litiges relatifs : 1° Aux autorisations ou contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou leur dénomination, accordées ou conclus par les personnes publiques ou leurs concessionnaires ».

¹⁰⁰ Art. L. 6 CCP : « S'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats relevant du présent code sont des contrats administratifs, sous réserve de ceux mentionnés au livre V de la deuxième partie et au livre II de la troisième partie. Les contrats mentionnés dans ces livres, conclus par des personnes morales de droit public, peuvent être des contrats administratifs en raison de leur objet ou de leurs clauses. À ce titre : 1° L'autorité contractante exerce un pouvoir de contrôle sur l'exécution du contrat, selon les modalités fixées par le présent code, des dispositions particulières ou le contrat ; 2° Les contrats qui ont pour objet l'exécution d'un service public respectent le principe de continuité du service public ; 3° Lorsque survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité ; 4° L'autorité contractante peut modifier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code, sans en bouleverser l'équilibre. Le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat ; 5° L'autorité contractante peut résilier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code. Lorsque la résiliation intervient pour un motif d'intérêt général, le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat ». V. sur ce point : H. HOEPFFNER et P. TERNEYRE, « La place des principes dans le code de la commande publique », *RFDA* 2019 p. 206.

¹⁰¹ C.-A. DUBREUIL, *Droit des contrats administratifs*, PUF, 2018, n° 3. « C'est aujourd'hui un lieu commun de parler de « contractualisation » de l'action publique et du droit administratif tout comme des autres branches du droit [...]. La reconnaissance progressive de la liberté contractuelle est étroitement liée à cet essor du procédé contractuel comme technique de gestion administrative. [...] Il [le contrat] est devenu le mode normal d'administrer » (H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 32). « La fin du XXe siècle marque nettement un « tournant » dans l'action publique : à partir des années 1970, puis, plus nettement,

contractualisation de l'action publique du point de vue de la science administrative, c'est-à-dire en tant que nouveau mode de gouvernance de l'État et des pouvoirs publics¹⁰². Il convient cependant de déduire de ce phénomène de contractualisation, un accroissement de l'utilisation du procédé contractuel dans l'action administrative concrète. Parmi les raisons de cette contractualisation, l'une réside en effet dans « la tendance à « l'externalisation » des activités publiques. [...] Le contexte actuel est assez favorable à un dépassement de la régie directe au profit d'une délégation [des activités qui incombent à l'État – incluant l'État déconcentré et décentralisé] à des tiers, le manque d'argent y contribue fortement, mais la nécessité de s'associer une expérience et des compétences extérieures s'est imposée également »¹⁰³. Plus généralement, les collectivités territoriales notamment, n'ont pas toujours à disposition des services techniques capables d'assurer toute sorte de travaux publics. Et l'ampleur de certains projets exige de faire appel à des prestataires extérieurs pour engager des travaux ou assurer un service public. Les opérateurs économiques sont ainsi sollicités pour leur expertise et/ou pour des considérations économiques. Cela signifie également que le contrat administratif engage les deniers publics. Même dans un souci de rationalisation économique, l'exploitation du procédé contractuel par les personnes publiques, afin de répondre à leurs besoins en matière de travaux, de services ou de fournitures, a un coût. D'après le dernier recensement de l'Observatoire économique de la commande publique (OECF), le montant global des marchés publics recensés en 2020 s'élevait à plus de 110 milliards d'euros¹⁰⁴. Ces chiffres témoignent de l'importance du contrat en tant que modalité d'action administrative.

dans les années 1980, le procédé contractuel se développe de façon considérable. » (M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, 4^e éd., LexisNexis, 2019, n° 5).

¹⁰² « La référence à la notion d'*action publique* en science politique et en science administrative, traduit le souci d'un dépassement de l'analyse classique des politiques publiques, pour tenir compte du contexte dans lequel se déploie l'action de l'État dans les sociétés contemporaines [...]. La notion de *politique publique* relève en effet d'une perspective *étato-centrique*, qui tend à faire de l'État le grand ordonnateur de la vie sociale, à travers les programmes d'action qu'il construit : elle implique une « vision balistique » de l'action publique, passant par la mobilisation d'un ensemble de ressources (juridiques, matérielles, symboliques) en vue d'atteindre certains objectifs ; toute politique comporte un élément d'intentionnalité, un impératif de cohérence, un souci de rigueur, qui la placent sous le sceau du volontarisme et postulent la capacité de l'État à agir sur les équilibres sociaux ». (J. CHEVALLIER, « Contractualisation(s) et action publique », *RFDA* 2018 p. 209).

¹⁰³ M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 9.

¹⁰⁴ https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oecf/recensement/recensement_chiffres2020_20211012.pdf?v=1660118194 (Il s'agit uniquement des marchés d'un montant supérieur ou égal à 25.000 euros).

Le constat n'est toutefois pas récent. André de Laubadère affirmait déjà que « [s]i l'un des traits caractéristiques du droit administratif est la place qu'y occupe la *décision unilatérale*, les diverses collectivités publiques utilisent aussi très fréquemment le procédé de l'*accord de volonté* et particulièrement le procédé du *contrat* »¹⁰⁵. Cette affirmation rappelle par ailleurs la distinction classiquement opérée en droit administratif, entre l'acte unilatéral et le contrat¹⁰⁶. Elle souligne alors l'une des caractéristiques du contrat administratif, bien souvent présentée avant ses éléments exorbitants¹⁰⁷ : sa forme contractuelle.

3. Le contrat administratif : un accord entre les parties

Nonobstant le perpétuel débat relatif à son caractère contractuel¹⁰⁸ – qui révèle en filigrane celui portant sur l'autonomie du droit des contrats administratifs¹⁰⁹, le contrat administratif se présente, au moins formellement, comme « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations »¹¹⁰. Il correspondrait ainsi à la définition du contrat telle que posée en droit civil. En tant que tel, le contrat serait transcendé par le principe de liberté contractuelle qui

¹⁰⁵ A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, 8^e éd., LGDJ, 1980, p. 352.

¹⁰⁶ V. notamment : B. PLESSIX, *Droit administratif général*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, pp. 998-1029 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, 15^e éd., 2001, pp. 491-501 ; A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, 8^e éd., 1980, LGDJ, pp. 299-351 et pp. 352-397 ; D. TRUCHET, *Droit administratif*, 8^e éd. PUF, 2019, pp. 247-282 et pp. 283-314. Le Professeur Waline distingue quant à lui les « décisions exécutoires » des contrats administratifs : J. WALINE, *Droit administratif*, 27^e éd., Dalloz, 2018, pp. 451-495 et pp. 496-538.

¹⁰⁷ V. notamment : C.-A. DUBREUIL, *Droit des contrats administratifs*, préc. ; H. HOEPPFNER, *Droit des contrats administratifs*, préc. ; L. RICHER et F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, 12^e éd., LGDJ, 2021 (incluant l'étude du contrat administratif dans la théorie du contrat : pp. 19-51).

¹⁰⁸ S. NICINSKI, « Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs » in *Mélanges Guibal*, t. I, Presses de la Faculté de Droit de Montpellier, 2006, p. 45 ; L. RICHER et F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, 12^e éd., LGDJ, 2021, pp. 27-32.

¹⁰⁹ F. BRENET, *Recherches sur l'évolution du contrat administratif*, Thèse dactyl., Poitiers, 2002 ; G. CLAMOUR, « Esquisse d'une théorie générale des contrats publics » in *Mélanges Guibal*, t. II., préc. p. 637 ; Y. GAUDEMET, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesure les difficultés d'une entreprise nécessaire », *RDP* 2010 p. 313 ;

« Une certaine partie de la doctrine publiciste française tente aujourd'hui de démontrer que la matière contractuelle est et a toujours été le lieu privilégié d'un droit commun civil et administratif. [...] Les anti-autonomistes utilisent un procédé rhétorique fort astucieux : au terme d'une démarche de comparaison, ils mettent en avant de troublantes similitudes entre droit administratif et droit civil afin d'ébranler le dogme de l'autonomie du droit des contrats administratifs. » (B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Thèse, Paris, Panthéon-Assas, 2003, n° 887).

¹¹⁰ Art. 1101 C. civ.

est « la liberté pour des partenaires de conclure un contrat, de choisir son contenu, de le modifier au cours de son exécution, voire d’y mettre fin de façon anticipée »¹¹¹. Le Conseil d’État¹¹² comme le Conseil constitutionnel¹¹³ ont expressément consacré et reconnu le principe de liberté contractuelle des personnes publiques. De cette liberté découle la force obligatoire du contrat, dont le contenu est défini à l’article 1103 du Code civil : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits »¹¹⁴. Les parties au contrat s’obligent donc réciproquement. Elles sont tenues de respecter leurs engagements, établis dans leur loi commune. De fait, le contrat ne crée alors d’obligations qu’entre les cocontractants. Il en résulte qu’il n’a qu’un effet relatif à l’égard des autres personnes que les parties, à savoir les tiers. Autrefois, l’effet relatif se résumait en « une formule lapidaire »¹¹⁵ issue de l’ancien article 1165 du Code civil : « [L]es conventions n’ont d’effet qu’entre les parties contractantes »¹¹⁶. Il a depuis été précisé à la suite de la réforme du droit des obligations¹¹⁷ et se traduit en ces termes à l’article 1199 du Code civil : « [L]e contrat ne crée d’obligations qu’entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l’exécution du contrat ni se voir contraints de l’exécuter »¹¹⁸. Nous aurons l’occasion de préciser le sens exact de l’effet relatif du contrat et en particulier du contrat administratif. Mais il suppose dans tous les cas que le contrat n’emporte pas les mêmes effets à l’égard des parties qu’à l’égard des tiers. La définition même de tiers le confirme.

B/ Le tiers au contrat administratif

Le tiers au contrat administratif se définit par opposition aux cocontractants : il désigne celui qui n’est pas partie au contrat, qui est étranger à l’acte contractuel (1). Pourtant la

¹¹¹ H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., Dalloz, 2020, n° 26.

¹¹² CE, 6 juillet 1977, *SNITA*, n° 87539 ; CE, 2 février 1983, *UTPUR, Lebon* p. 33 ; CE Ord., 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, n° 239840.

¹¹³ CC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l’énergie*, n° 2006-53 DC.

¹¹⁴ Art. 1103 C. civ.

¹¹⁵ F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^e éd., Dalloz, 2022, n° 668.

¹¹⁶ Art. 1165 ancien C. civil (abrogé).

¹¹⁷ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve et des obligations

¹¹⁸ Art. 1199 C. civ.

spécificité du contrat administratif révèle que le tiers est en réalité parfaitement susceptible d'être intéressé par la passation et l'exécution des contrats administratifs (2).

1. Le tiers : un justiciable a priori étranger au contrat administratif

En matière contractuelle, le tiers se définit comme une « personne n'ayant été ni partie ni représentée à un contrat qui n'est pas touché par son effet obligatoire et qui tout au plus se le voit opposer »¹¹⁹. De manière plus générale, le tiers désigne « toute personne étrangère à une situation juridique ou même personne autre que celle dont on parle »¹²⁰. Par conséquent, le tiers au contrat administratif serait étranger à la loi établie par les parties, au nombre desquelles figure directement ou indirectement une personne publique. Plus précisément, le tiers au contrat administratif serait étranger à ce qui a été convenu entre l'administration et son cocontractant, afin d'assurer l'exécution du service public ou plus généralement la satisfaction de l'intérêt général. En résumé, le tiers au contrat administratif serait étranger à l'action administrative contractuelle. Et pourtant, le tiers dispose d'un recours en contestation de la validité du contrat administratif. Mais ce qui relève *a priori* d'un paradoxe s'explique par le caractère protéiforme de la notion de tiers, ainsi que par les effets du contrat à son égard.

2. Le tiers : un justiciable intéressé par le contrat administratif

Même en dehors du droit administratif, « le terme « tiers », d'apparition récente, est l'un des plus équivoques de la langue juridique contemporaine »¹²¹. La notion de tiers est encore plus difficilement saisissable en droit des contrats administratifs, car elle recouvre des réalités différentes. Elle embrasse une diversité d'individus, placés dans des situations

¹¹⁹ V° « Tiers » in *Vocabulaire juridique* (G. CORNU), 14^e éd., PUF, 2022, p. 1030.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ P. MAULAURIE, L. AYNÈS ET P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 11^e éd., LGDJ, 2020, p. 435.

différentes. Ils ont cependant tous comme point commun d'être potentiellement intéressés par le contrat administratif.

En effet, le tiers peut revêtir la qualité d'usager du service public ou de contribuable. Il est à ce titre destinataire de l'action administrative. Dès lors que le contrat administratif est un outil de l'action publique, un acte pris pour le service ou plus largement pour l'intérêt général, le tiers est par conséquent susceptible d'être intéressé par le contrat. Il n'est pas destinataire de l'acte en tant que tel, mais il est destinataire de l'action administrative contractuelle.

D'autres tiers ont vocation à devenir partie au contrat administratif. Il s'agit des opérateurs économiques, éventuellement candidats à l'attribution d'un marché ou d'une concession. À partir du moment où la personne publique utilise le procédé contractuel, elle sollicite la participation des tiers, qui deviendront peut-être cocontractants, à l'exécution de travaux publics, à la mise en œuvre du service public, voire à la satisfaction de l'intérêt général. En résumé, le tiers peut devenir un collaborateur de l'administration lorsqu'elle agit par voie contractuelle.

Enfin, certains tiers peuvent être intéressés par le contrat administratif en raison de leurs fonctions institutionnelles. Représentants de l'intérêt général, ils exercent un droit de regard particulier sur l'action administrative. Il en va ainsi des élus locaux, membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales, qui octroient notamment à l'exécutif l'autorisation de signer un contrat administratif. Il en va ainsi également du préfet, chargé de contrôler la légalité des actes des collectivités locales.

De cette présentation des différentes catégories de tiers au contrat administratif résulte un constat général : le contrat administratif emporte des effets à l'égard des tiers, qui découlent directement de son caractère exorbitant, de sa dimension publique. Les civilistes eux-mêmes reconnaissent « [qu'] en droit public, l'acte juridique émanant de la volonté d'un ou de quelques individus a, en général, effet à l'égard d'un plus grand nombre, car ceux qui agissent le font en vertu d'un pouvoir réglementaire de commandement, correspondant aux intérêts collectifs dont ils ont la charge. En droit privé, où les considérations individualistes l'emportent, le contrat n'a en principe d'effets qu'à l'égard des individus qui l'ont voulu, car

des volontés particulières ne peuvent commander à d'autres volontés particulières »¹²². Dans les effets du contrat administratif à l'égard des tiers réside leur motivation à se constituer en requérant et à saisir le juge administratif. Or désormais, ils disposent d'un recours de plein contentieux afin de contester directement la validité du contrat administratif.

C/ Le recours des tiers contre le contrat administratif: un recours de plein contentieux

Il y a quelques années encore, le recours des tiers contre le contrat administratif était absent du contentieux contractuel. Son institution par la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*¹²³ est le résultat d'un long processus, qui conduit à affermir la distinction entre le contrat administratif et le contrat de droit privé, à l'aune de leur régime contentieux¹²⁴. Désormais les tiers disposent de la faculté de saisir le juge du contrat administratif, afin de contester la validité du contrat. Cette remise en cause s'exerçant dans le cadre d'un recours de plein contentieux, la nature du contentieux des tiers au contrat en ressort bouleversée. « Le recours pour excès de pouvoir est, comme chacun sait, un recours essentiellement objectif ; un "procès fait à un acte" »¹²⁵. Tel était le cas du recours contre les actes détachables. Aujourd'hui la principale voie d'action que peuvent emprunter les tiers au contrat est celle qui était autrefois réservée aux seuls cocontractants, en raison de son caractère subjectif. Cette révolution contentieuse marquerait ainsi le passage « du recours pour excès de pouvoir de l'État légal à la protection des intérêts subjectifs dans l'État

¹²² F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^e éd., Dalloz, 2022, n° 668.

¹²³ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹²⁴ P. DELVOLVÉ, « Le contentieux récent de la validité des contrats publics : essai de comparaison entre contrats administratifs et contrats de droit privé », in *Mélanges Stirn*, préc., p. 165. Le Conseil Constitutionnel a d'ailleurs déclaré constitutionnel l'absence de recours en contestation de la validité du contrat pour les tiers à un contrat privé de la commande publique : CC, 2 octobre 2020, *Société Méduane Habitat, Société Bâtiment mayennais*, n° 2020-857 QPC ; *AJDA* 2020 p. 1881 ; F. CAFARELLI, *AJDA* 2021 p. 286 ; J. DIENTENHOEFFER, *Contrats-Marchés publ.* 2020 comm. 345 ; J.-D. DREYFUS, *AJ Contrat* 2020 p. 566 ; P.-Y. GAHDOUN et M. UBAUD-BERGERON, *RFDA* 2021 p. 1 ; S. HUL, *JCP A* 2020 p. 2294 ; E. MULLER, *JCP G* 2020 p. 1259. Rendue sur renvoi de la Cour de cassation.

¹²⁵ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. II, 2^e éd., Berger-Levrault, 1888, p. 561.

contemporain »¹²⁶. Autrement dit, elle aurait fait basculer le contentieux des tiers au contrat administratif dans une ère de reconnaissance des intérêts subjectifs de ces derniers.

La nature subjective sous laquelle se présente le recours « Tarn-et-Garonne » n'a pas seulement un impact sur sa finalité. Elle lui confère consécutivement deux caractéristiques majeures, directement liées au but *a priori* poursuivi. En premier lieu, le recours est ouvert dans des conditions strictement définies, tenant notamment aux règles de recevabilité et aux arguments invocables. En second lieu, le juge dispose d'une large palette de pouvoirs, de sorte que toute irrégularité entachant le contrat administratif n'entraîne pas nécessairement son annulation. On devine au regard de ces éléments que le recours « Tarn-et-Garonne » a été pensé pour la stabilité des relations contractuelles. C'est précisément la poursuite de cet objectif qui révèle la principale question soulevée par l'instauration du recours des tiers contre le contrat administratif.

III. OBJECTIF DE L'ÉTUDE

La présente étude poursuit un double objectif qui s'articule autour d'une problématique générale (A). Avant d'y répondre cependant, il conviendra d'exposer la méthode retenue afin de mener à bien notre démonstration (B).

A/ Problématique

L'inscription du recours des tiers contre le contrat administratif dans une politique jurisprudentielle soucieuse de la stabilité des relations contractuelles conduirait naturellement à s'interroger sur sa capacité à maintenir l'acte contractuel. L'ambition de la présente étude va cependant plus loin. Elle soulève la question de *l'impact de l'ouverture aux tiers d'un recours de plein contentieux en contestation de la validité du contrat sur la notion de contrat administratif*. Le régime contentieux du contrat administratif et la conception juridictionnelle

¹²⁶ F. ROLIN, « Du recours pour excès de pouvoir de l'État légal à la protection des intérêts subjectifs dans l'État contemporain : quelques réflexions critiques sur l'arrêt *Département du Tarn-et-Garonne* », préc.

de celui-ci contribuent en effet à définir en creux les contours de la notion. Sa singularité, qui repose sur son caractère exorbitant et plus largement sur sa dimension publique, dépend alors de plusieurs éléments.

La stabilité des relations contractuelles, en ce qu'elle assure notamment la continuité du service public, participe à renforcer le caractère administratif du contrat. « Le service public étant par définition un service qui est d'une importance telle pour la vie collective qu'il ne peut être interrompu un seul instant. Le devoir des gouvernants est d'employer leur puissance à en assurer l'accomplissement d'une manière absolument continue »¹²⁷. Et ce devoir est aussi celui du juge du contrat. Le principe de continuité du service public est d'ailleurs directement lié à la satisfaction de l'intérêt général. Comme le souligne le Professeur Jacques Chevallier « [s]i les pouvoirs publics ont jugé utile de prendre en charge une activité, c'est parce qu'il y a un besoin impérieux à satisfaire. Il serait inconcevable que l'administration n'assure pas la satisfaction de ce besoin en faisant fonctionner le service par à-coups, en permettant des interruptions dans la marche du service »¹²⁸. Cette exigence est aujourd'hui codifiée à l'article L. 6 du Code de la commande publique¹²⁹. De manière plus générale, la stabilisation du contrat administratif participe tout autant à la satisfaction de l'intérêt général, en assurant une bonne gestion des deniers publics et l'efficacité de l'action administrative contractuelle. Celle-ci suppose en effet un environnement stable. Il convient à ce titre de souligner que les entraves au principe de légalité permettent de maintenir la stabilité du contrat administratif en dépit des irrégularités qui l'entachent. Mais dès lors que ce principe assure une légitimité à l'action administrative, son respect renforce également la stabilité des relations contractuelles.

Parallèlement, la particularité du contrat administratif repose aussi sur les effets qu'il produit à l'égard des tiers. D'une certaine manière, ils sont intégrés à l'intérêt général pour lequel l'action administrative est initiée, même si l'intérêt général transcende évidemment les intérêts particuliers des tiers¹³⁰. Aussi, la prise en compte des effets du contrat

¹²⁷ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, De Boccard, 3^e éd., 1929, p. 61.

¹²⁸ J. CHEVALLIER, *Le Service public*, PUF, 1971, p. 4.

¹²⁹ Art. L. 6 CCP : « 2^o Les contrats qui ont pour objet l'exécution d'un service public respectent le principe de continuité du service public ».

¹³⁰ « L'intérêt général n'est pas seulement l'addition d'une série d'intérêts particuliers : il introduit un élément de cohérence et de rationalité qui suffit à en faire autre chose que la somme de ses composantes. » (J. CHEVALLIER, « L'intérêt général dans l'administration française », *RISA* 1975 p. 5).

administratif sur les tiers, par l'ouverture du recours dont ils disposent, participe à la reconnaissance de la dimension publique de l'acte contractuel.

L'équilibre instauré entre ces différents intérêts en présence dans le cadre du recours « Tarn-et-Garonne » permet ainsi d'évaluer son impact sur la conception du contrat administratif. Or la présente étude permettra de *démontrer que la pérennité de l'acte contractuel l'emporte largement sur les autres considérations, de sorte que la notion de contrat administratif en ressort dénaturée*. En l'état actuel de l'application et de l'interprétation de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*¹³¹, il apparaît que les intérêts collectifs et les intérêts publics mis en jeu par la conclusion des contrats administratifs souffrent d'un manque de considération. Il est cependant envisageable de renforcer leur prise en compte, tout en respectant voire en consolidant la sécurité juridique des contrats administratifs. Car ces deux considérations ne sont pas incompatibles. L'objectif de cette étude consiste alors également à *proposer un changement de paradigme dans le cadre du recours des tiers contre le contrat administratif*, en ouvrant plus largement l'accès des tiers au juge du contrat, tout en procédant à des ajustements nécessaires à la pérennité de l'acte contractuel. La légitimité de l'action administrative et la notion de contrat administratif en ressortiront renforcés. Reste alors à déterminer les moyens pour atteindre ce double objectif.

B/ Méthode

L'examen de l'impact de l'institution d'un recours de plein contentieux ouvert à l'ensemble des tiers sur la conception et la notion même de contrat administratif exige d'abord de comprendre les implications d'un tel revirement de jurisprudence. La comparaison de l'état antérieur avec l'état actuel du contentieux des tiers au contrat administratif nous éclaire particulièrement sur ce point. Notre démonstration implique par ailleurs d'adopter une démarche empirique, reposant sur l'analyse des précisions apportées à la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*¹³², ainsi que sur l'étude de l'application et de l'interprétation des règles définies par la décision. Le recours des tiers contre le contrat

¹³¹ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹³² *Ibid.*

administratif évoluant cependant dans un ensemble plus vaste, à savoir le contentieux contractuel administratif, il apparaît opportun de s'intéresser également à celui-ci. Enfin, dès lors que le contentieux des tiers au contrat administratif n'est pas figé, la présente étude requiert de s'inscrire dans une démarche plus prospective, anticipant les évolutions à venir. La proposition relative à la reconfiguration du recours « Tarn-et-Garonne » s'y prête particulièrement. Car s'il y a bien un constat que permet de dresser cette étude, c'est que le recours des tiers contre le contrat administratif doit faire l'objet d'un remaniement tant les lacunes dont il souffre forcent la critique.

L'ouverture du recours des tiers contre le contrat administratif annonçait la fin de l'insécurité juridique inhérente à la complexité de l'état antérieur du contentieux contractuel et une plus grande reconnaissance des intérêts des tiers. C'est ici que se situe le point cardinal de l'évolution du contentieux contractuel intéressant les tiers. Elle semble pourtant manquer son objectif, voire produire l'effet inverse (**Première Partie**).

Sans doute les conditions d'exercice du recours « Tarn-et-Garonne » assurent davantage la stabilité des relations contractuelles, parce que leur efficacité a été éprouvée depuis plusieurs années, qu'elles ont été précisées au fil des avancées jurisprudentielles notamment. Pourtant, il apparaît qu'elles méritent encore de faire l'objet d'améliorations plus ambitieuses (**Seconde Partie**).

PREMIÈRE PARTIE

L'OUVERTURE DU RECOURS DES TIERS CONTRE LE CONTRAT ADMINISTRATIF

Le bouleversement provoqué par la décision *Tarn-et-Garonne*¹³³ repose sur le seul principe de *l'ouverture* à l'ensemble des tiers d'un recours direct contre le contrat administratif. Elle définit son champ d'application, dont les limites dépendent classiquement de l'acte contestable et de l'identité des requérants. Le recours « Tarn-et-Garonne » est ainsi ouvert à *tous les tiers* dès lors qu'ils souhaitent attaquer *le contrat administratif*. Les premiers sont les sujets du recours, le second en est l'objet.

Les conditions d'ouverture de la principale voie d'action dont disposent désormais l'ensemble des tiers au contrat administratif exigent bien évidemment d'être précisées. Car l'intérêt du revirement de jurisprudence opéré par le Conseil d'État repose notamment sur la nouvelle définition des actes attaquables par les tiers, qui ne se restreignent pas au seul contrat administratif, mais inclus les actes détachables (**Titre 1**). Par ailleurs, si le recours en contestation de la validité du contrat est potentiellement ouvert à l'ensemble des tiers, encore faut-il que ces dernières remplissent plusieurs conditions. Elles définissent la conception adoptée par le Conseil d'État de la place des tiers par rapport au contrat administratif et des effets qu'il produit à leur égard (**Titre 2**).

¹³³ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

TITRE 1. LES ACTES ATTAQUABLES PAR LES TIERS

L'apport principal de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*¹³⁴ réside dans la faculté des tiers à contester directement le contrat administratif. Elle ferme en contrepartie le recours en excès de pouvoir contre les actes détachables, leur évitant ainsi de s'aventurer dans un parcours d'obstacles contentieux afin d'atteindre éventuellement le contrat. L'état du contentieux contractuel antérieur à ce revirement de jurisprudence, en plus de présenter une grande complexité pour le justiciable, voire pour le juge lui-même, portait en lui un fort potentiel déstabilisateur. L'efficacité de l'action administrative se trouvait alors compromise. C'est la raison pour laquelle, tout en ouvrant aux tiers un recours de plein contentieux contre le contrat administratif, le Conseil d'État a également intégré dans son champ d'application matériel les principaux actes détachables, dont l'annulation pouvait menacer le contrat. De ce point de vue, il semble alors avoir procédé à une répartition cohérente des actes attaquables par les tiers (**Chapitre 1**). Pour autant, la redistribution des actes contestables dans le cadre du recours de plein contentieux n'est pas autant satisfaisante qu'elle n'y paraît (**Chapitre 2**).

¹³⁴ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

CHAPITRE 1. LA REDISTRIBUTION COHÉRENTE DES ACTES ATTAQUABLES PAR LES TIERS AU CONTRAT ADMINISTRATIF

En l'état où fut laissé le contentieux des tiers au contrat administratif avant le tournant opéré par la décision *Tarn-et-Garonne*¹³⁵, toute tentative de catégorisation des actes attaquables aurait été dépourvue d'intérêt. Si une classification devait être retenue, c'était celle qui se basait sur la qualité des différentes personnes extérieures au contrat. Autrement dit, la première question se posant au stade de l'introduction d'un recours d'un tiers n'était pas celle de savoir quel acte il pouvait contester, mais celle, plus amont, de la qualité sous laquelle le requérant se présentait. De la réponse à cette interrogation découlait, la détermination des actes attaquables et même, le juge compétent. Pour dresser un panorama simplifié du contentieux¹³⁶, se distinguaient d'une part, les concurrents évincés, recevables à former un recours en annulation du contrat devant le juge de pleine juridiction ; d'autre part, les autres tiers qui devaient, par un recours en excès de pouvoir, se contenter d'attaquer des actes détachables du contrat administratif, dans l'espoir éventuel de provoquer à terme son annulation.

À partir du moment où l'ensemble des tiers peuvent introduire un recours direct en contestation du contrat, il n'y a vraisemblablement plus lieu de s'interroger sur la sous-catégorie à laquelle ils appartiennent, du moins pour connaître les actes qu'ils sont autorisés à remettre en cause. Il apparaît en effet que tous les tiers disposent aujourd'hui de la faculté d'attaquer le contrat administratif, ce qui d'ailleurs contribue sensiblement à consolider la notion (**Section 1**). Pour autant, le contentieux du contrat administratif ne se limite pas

¹³⁵ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹³⁶ Le représentant de l'État était également recevable à contester directement un contrat administratif d'abord devant le juge de l'excès de pouvoir, puis devant le juge de plein contentieux : CE Sect., 23 décembre 2011, *ministre de l'Intérieur*, n° 348647, *Lebon* p. 662 ; concl. B. DACOSTA, *BJCP* 2012 p. 125 ; F. BRENET, *RJEP* 2012 comm. 25 ; A. CLAEYS, *DA* 2012 comm. 27 ; P. DELVOLVÉ, *RFDA* 2012 p. 683 ; R. NOGUELLOU, *RDI* 2021 p. 282 ; J.-P. PIÉTRI, *Contrats-Marchés publ.* 2012 comm. 56 ; M. QUYOLLET, *AJDA* 2012 p. 1064. Revenant sur la jurisprudence : CE Sect., 26 juillet 1991, *Commune de Sainte-Marie de La Réunion*, n° 117717, *Lebon* p. 302 ; concl. H. LEGAL, *RFDA* 1991 p. 966 ; C. MAUGÜÉ et R. SCHWARTZ, *AJDA* 1991 p. 693.

uniquement à la seule convention en tant que telle. Parce qu'il est administratif, un certain nombre d'actes gravitent autour du contrat, qu'ils participent à sa formation ou assurent son exécution. C'est pourquoi, dans son arrêt du 4 avril 2014¹³⁷, le Conseil d'État a également jugé pertinent d'aller au-delà d'une affirmation de principe selon laquelle tous les tiers peuvent attaquer le contrat administratif. Cherchant à préserver l'ensemble de l'édifice contractuel, le Conseil d'État a procédé à une reclassification des *actes périphériques*¹³⁸ soumis aux modalités du recours de plein contentieux (**Section 2**).

¹³⁷ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹³⁸ Nous employons ce terme afin de désigner les actes administratifs relatifs au contrat, qu'on ne peut plus qualifier de *détachables* dès lors qu'ils sont maintenant intégrés dans le plein contentieux contractuel. La détachabilité des actes est en effet une notion mobilisée pour contourner la fermeture initiale du prétoire du juge du contrat administratif aux tiers. V. : *infra*. p. 64.

SECTION 1. LA CONTESTATION DU CONTRAT ADMINISTRATIF

Souligner que le recours des tiers contre le contrat administratif confère en premier lieu la faculté de contester ce dernier peut sembler relever d'une certaine tautologie. Mais il s'agit bien de la réforme majeure opérée par le Conseil d'État dans son arrêt *Tarn-et-Garonne*¹³⁹. Tous les tiers peuvent, par le biais d'un recours unique, contester *directement* le contrat administratif devant le juge de plein contentieux. Dans son principe, la décision du 4 avril 2014 est révolutionnaire. Jamais une telle possibilité n'avait un jour été offerte à l'ensemble des tiers au contrat administratif. La jurisprudence *Tarn-et-Garonne*¹⁴⁰ ne se contente pas de bouleverser l'office du juge du contrat lorsqu'il est saisi par un tiers, ni même de modifier profondément les conditions de contestation d'un contrat administratif à l'initiative d'un requérant qui lui est extérieur. Elle métamorphose la représentation du contrat administratif.

Donner aux tiers la capacité de contester directement le contrat administratif, c'est reconnaître que celui-ci produit indéniablement des effets à leur égard, qu'il convient alors de prendre en compte. Donner réciproquement au juge du contrat la compétence unique pour apprécier la légalité de l'ensemble des contrats administratifs, quelle que soit la qualité du tiers qui le saisit, c'est vouloir en finir avec une jurisprudence qui menaçait perpétuellement la stabilité des relations contractuelles. Or, de la garantie de la stabilité du contrat administratif, ressort une protection accrue de l'intérêt général et par conséquent, un renforcement de la dimension publique du contrat. Ainsi, dans son principe même, l'ouverture à tous les tiers d'un recours en contestation directe du contrat renforcera la sécurité juridique de tous les contrats administratifs à venir (§1), renforçant alors leur caractère administratif. De cette façon, la notion de contrat administratif verra son autonomie consolidée (§2).

¹³⁹ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁴⁰ *Ibid.*

§1. UNE SÉCURISATION DIFFÉRÉE

La création d'une voie de recours de pleine juridiction, ouverte à tous les tiers, n'a jamais laissé planer le moindre doute quant à sa capacité à renforcer la sécurité du contrat administratif. La réforme de l'office du juge du contrat administratif a été organisée en poursuivant l'objectif de stabilité des relations contractuelles¹⁴¹. L'ouverture aux concurrents évincés d'un recours direct contre le contrat a quant à elle été largement motivée par l'impératif de sécurité juridique¹⁴². Le transfert de l'intégralité du contentieux des tiers, notamment des actes détachables, au sein du plein contentieux contractuel marque nécessairement le passage du contrat administratif à une ère de stabilité. C'était toutefois sans compter sur « l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours »¹⁴³, justifiant ainsi que seuls les contrats signés après la lecture de la décision *Tarn-et-Garonne*¹⁴⁴ puissent être contestés par les tiers selon les nouvelles modalités¹⁴⁵.

En réalité, cette disposition que le Conseil d'État a prise dans la certitude de protéger les relations contractuelles en cours ne profite pas comme elle le devrait aux contrats administratifs conclus avant le 4 avril 2014 (A). En revanche, l'objectif de sécurisation pour l'avenir du contrat administratif n'a pas été manqué. Les contrats signés après la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*¹⁴⁶, dont la contestation par les tiers se fera uniquement devant

¹⁴¹ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545, *Lebon* p. 360 ; concl. D. CASAS, *BJCP* 2007 p. 391 et *RFDA* 2007 p. 696 ; P. CASSIA, *AJDA* 2007 p. 1964 ; P. COSSALTER, *DA* 2007 comm. 242 ; P. DELVOLVÉ, *RJEP* 2007 p. 327 ; F. LENICA et J. BOUCHER, *AJDA* 2007 p. 1577 ; F. MELLERAY, *RDP* 2007 p. 1383 ; F. MODERNE, *RFDA* 2007 p. 923 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, *Contrats-Marchés publ.* 2007 repère 8 et 2008 repère 5 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2008 comm. 254 ; D. POUYAUD et M. CANEDO, *RFDA* 2007 p. 935 ; B. SEILLER, *JCP A* 2007 p. 2227 ; M. TOUZEIL-DIVINA, *RGCT* 2008 p. 16 ; M. UBAUD-BERGERON, *JCP A* 2007 p. 1016 ; CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802, *Lebon* p. 509 ; concl. E. GLASER, *ibid.*, *BJCP* 2010 p. 138 et *RFDA* 2010 p. 506 ; O. DIDRICHE, *AJCT* 2010 p.114 ; J. GOURDOU et P. TERNEYRE, *RJEP* 2010 p.19 ; A. LALLET et X. DOMINO, *AJDA* 2011 p. 665 ; S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, *AJDA* 2010 p. 142 ; F. LINDITCH, *JCP A* 2010 p. 2072 ; R. NOGUELLOU, *RDI* 2010 p. 265 ; H. PAULIAT, *RDP* 2010 p. 553 ; D. POUYAUD, *RFDA* 2010 p. 519 ; P. REES, *Contrats-Marchés publ.* 2010 p. 38 ; B. SEILLER, *Gaz. Pal.* 16 mars 2010 p. 13

¹⁴² D. CASAS, *Concl. sur CE Ass.* 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, *RFDA* 2007 p. 696.

¹⁴³ CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ CAA Nancy, 12 mai 2014, *M. M. c/ Communauté urbaine du Grand Nancy*, n° 13NC01303 ; M. UBAUD-BERGERON, *Contrats-Marchés publ.* 2014 comm. 201 ; CAA Marseille, 28 décembre 2015, *Société Les 3 Luc*, n° 14MA04545 ; H. HOEPFFNER, *Contrats-Marchés publ.* 2016 comm. 89.

¹⁴⁶ CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

le juge du contrat, dans des conditions bien définies, seront assurés de bénéficier d'une stabilité jusque-là inaccessible (B).

A/ L'instabilité des contrats signés avant l'arrêt *Tarn-et-Garonne*

« Il y a des étoiles mortes qui continuent à produire de la lumière pendant un certain temps [...] »¹⁴⁷. En effet, tous les tiers, quelle que soit leur qualité¹⁴⁸, sont tenus d'emprunter la voie de l'excès de pouvoir afin de contester – indirectement – les contrats signés avant le 4 avril 2014. Cette situation concède provisoirement une compétence juridictionnelle aux juges de l'excès de pouvoir et de l'exécution et condamne l'accès direct au juge du contrat. Elle conduit inévitablement à des conséquences néfastes sur le contrat, en raison du partage du pouvoir entre plusieurs juges et de la plus grande accessibilité au prétoire de ces derniers, ouvert durant un délai indéterminé.

Le Conseil d'État a cependant ouvert une brèche dans laquelle les juges du fond ont décidé de s'engouffrer. À l'occasion de l'affaire *Czabaj*¹⁴⁹ du 13 juillet 2016, il a en effet été affirmé « que le principe de sécurité juridique, qui implique que ne puissent être remises en cause sans condition de délai des situations consolidées par l'effet du temps, fait obstacle à ce que puisse être contestée indéfiniment une décision administrative individuelle qui a été notifiée à son destinataire, ou dont il est établi, à défaut d'une telle notification, que celui-ci a eu connaissance ; qu'en une telle hypothèse, si le non-respect de l'obligation d'informer l'intéressé sur les voies et les délais de recours, ou l'absence de preuve qu'une telle

¹⁴⁷ B. DACOSTA, « Table ronde [à propos de l'arrêt CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*] », *RDP* 2014 p. 1148.

¹⁴⁸ La non-rétroactivité des nouvelles règles s'applique donc aux concurrents évincés (CE, Sect., 5 février 2016, *Syndicat mixte des transports en commun (SMTC) Hérault Transport c/ Société Voyage Guirette*, n° 383149, *Lebon* p. 10 ; concl. O. HENRARD, *BJCP* 2016 p. 217 et *RFDA* 2016 p. 301 ; F. BRENET, *DA* 2016 comm. 21 ; J.-D. DREYFUS, *AJCT* 2016 p. 329 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2016 act. 117 ; L. DUTHELLET DE LAMOTHE et G. ODINET, *AJDA* 2016 p. 479 ; O. HENRARD, *DA* 2016 alerte 21 ; S. HUL, *JCP A* 2016 p. 2050 ; J.-F. LAFAIX, *AJDA* 2016 p. 1120 ; J. MARTIN et G. PELLISSIER, *JCP A* 2017 p. 25 ; D. POUPEAU, *AJDA* 2016 p. 234 ; P. REES, *Contrats-Marchés publ.* 2016 comm. 114 ; CAA Marseille, 2 février 2015, *Société Autocars Rignon*, n° 13MA02215 ; CAA Marseille, 9 mai 2016, *Centre hospitalier régional universitaire de Montpellier*, n° 14MA03224 ; H. HOEPFFNER, *Contrats-Marchés publ.* 2016 comm. 191 ; TA Melun, 5 février 2015, *Société Groupe Nasse*, n° 1308665 ; H. HOEPFFNER, *Contrats-Marchés publ.* 2015 comm. 132. Ils disposent toutefois d'un recours direct pour contester les contrats administratifs dont la procédure de passation a été engagée postérieurement à la décision *Tropic Travaux* : CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

¹⁴⁹ CE Ass., 13 juillet 2016, *Czabaj*, n° 387763 ; *Lebon* p. 340 ; concl. O. HENRARD, *RFDA* 2016 p. 927 ; L. DUTHELLET DE LAMOTHE et G. ODINET, *AJDA* 2016 p. 1629 ; G. ÉVEILLARD, *DA* 2016 comm. 63 ; O. LE BOT, *JCP A* 2017 p. 2053 ; H. PAULIAT, *JCP A* 2016 p. 2238 ; M.-C. ROUAULT, *AJCT* 2016 p. 572.

information a bien été fournie, ne permet pas que lui soient opposés les délais de recours fixés par le code de justice administrative, le destinataire de la décision ne peut exercer de recours juridictionnel au-delà d'un délai raisonnable ; qu'en règle générale et sauf circonstances particulières dont se prévaudrait le requérant, ce délai ne saurait, sous réserve de l'exercice de recours administratifs pour lesquels les textes prévoient des délais particuliers, excéder un an à compter de la date à laquelle une décision expresse lui a été notifiée ou de la date à laquelle il est établi qu'il en a eu connaissance »¹⁵⁰. Bien que rendue à propos d'une décision administrative individuelle, cette jurisprudence pourrait s'appliquer aux recours contre d'autres actes administratifs, tels que les actes détachables du contrat. Elle a d'ailleurs déjà inspiré la Cour administrative d'appel de Marseille qui a jugé opportun de l'étendre à la matière contractuelle et, plus précisément, au recours des tiers contre le contrat¹⁵¹. Pour l'heure, l'arrêt n'est pas confirmé et le principe posé par la décision *Czabaj*¹⁵² n'a pas non plus trouvé à s'appliquer au recours en excès de pouvoir contre les actes détachables. Dans le cas contraire en revanche, toute contestation d'un acte détachable d'un contrat antérieur à la décision *Tarn-et-Garonne*¹⁵³ serait aujourd'hui forclosée.

Sans délai raisonnable, la protection des contrats administratifs signés avant le 4 avril 2014 pourrait être mise à mal à plusieurs occasions. Il sera toujours envisageable que les contrats conclus avant la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*¹⁵⁴ soient placés dans une situation d'insécurité juridique, et ce dans trois hypothèses. Tout d'abord, il en sera ainsi lorsque l'acte détachable du contrat pourra être attaqué devant le juge de l'excès de pouvoir en raison d'une publicité insuffisante, cas de figure qui n'est pas rare¹⁵⁵. La contestation de la

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ « Le principe de sécurité juridique, qui implique que ne puissent être remises en cause sans condition de délai des situations consolidées par l'effet du temps, fait obstacle à ce que puisse être contesté indéfiniment un contrat administratif. Dans le cas où l'administration a omis de mettre en œuvre les mesures de publicité appropriées permettant de faire courir le délai de recours de deux mois, un recours contestant la validité du contrat doit néanmoins, pour être recevable, être présenté dans un délai raisonnable à compter de la publication de l'avis d'attribution du contrat. En règle générale, et sauf circonstance particulière dont se prévaudrait le requérant, un délai excédant un an ne peut être regardé comme raisonnable. » (CAA Marseille, 25 avril 2022, *SAS Seateam Aviation*, n° 19MA05387, concl. R. THIELÉ, *AJDA* 2022 p. 1516 ; P. REES, *Contrats-Marchés publ.* 2022 comm. 221).

¹⁵² CE Ass., 13 juillet 2016, *Czabaj*, préc.

¹⁵³ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ « L'absence fréquente de publicité de l'acte détachable permettait à tout moment au tiers de former un recours pour excès de pouvoir [...] » (D. POUYAUD, « Que reste-t-il du recours pour excès de pouvoir dans le contentieux des contrats ? », *RFDA* 2015 p. 727).

décision de signer le contrat se prête particulièrement à ce genre de manœuvre, puisqu'elle ne fait pas l'objet d'une publication. De même, il sera possible que le juge de l'injonction ne soit jamais saisi à la suite de l'annulation de l'acte détachable par le juge de l'excès de pouvoir¹⁵⁶, sachant que cette faculté peut être exercée par toute personne directement concernée¹⁵⁷, laissant planer une menace permanente sur le contrat. La décision du Premier ministre de signer le contrat de concession pour la construction et l'exploitation du Stade de France avait ainsi été annulée¹⁵⁸. Même si une loi de validation de la décision avait rapidement suivi la résolution de la concession¹⁵⁹, elle avait, près de vingt ans plus tard, été déclarée inconstitutionnelle¹⁶⁰, de sorte que le contrat risquait de souffrir d'une grande insécurité juridique. Fort heureusement, la déclaration d'inconstitutionnalité n'a pas eu pour effet de rouvrir un délai de recours contentieux à l'encontre des actes que visait la loi de validation inconstitutionnelle¹⁶¹. Enfin, dans le pire des cas, les deux hypothèses pourraient se cumuler : l'acte détachable étant annulé tardivement en raison d'une publicité insuffisante et le juge de l'injonction restant susceptible d'être saisi par la suite, dans un délai indéterminé.

Les conclusions sur l'arrêt *Bonhomme* témoignent pourtant d'une volonté ferme d'en finir avec les vicissitudes inhérentes à la théorie des actes détachables¹⁶². Il aurait d'ailleurs été possible que chaque tiers désireux de contester un contrat administratif emprunte, dès le lendemain de la décision, une voie de droit à la fois simplifiée et pensée pour protéger le contrat. Le recalibrage de l'intérêt lésé et des moyens invocables, mais également l'instauration d'un délai impartit pour demander l'annulation du contrat¹⁶³, auraient permis

¹⁵⁶ L'article L. 911-4 du Code de justice administrative, qui dispose « [qu']en cas d'inexécution d'un jugement ou d'un arrêt, la partie intéressée peut demander au tribunal administratif ou à la cour administrative d'appel qui a rendu la décision d'en assurer l'exécution », ne prévoit pas de délai pour exercer cette faculté.

¹⁵⁷ CE Sect., 13 novembre 1987, *Mmes Tusques et Marcaillon*, n° 71947, *Lebon* p. 360.

¹⁵⁸ TA Paris, 2 juillet 1996, *M. Alain Sarfati et autres*, n° 95-10231/6 ; concl. P. COUZINET, *RFDA* 1996 p. 1113.

¹⁵⁹ Loi n° 96-1077 du 11 décembre 1996 relative au contrat de concession du Stade de France à Saint-Denis.

¹⁶⁰ CC, 11 février 2011, *M. Alban Salim B.*, n° 2010-100 QPC ; F. BRENET, *DA* 2011 comm. 37 ; R. GRAND, *AJDA* 2011 p. 305.

¹⁶¹ CAA Paris, 7 avril 2016, *Fédération française de rugby*, n° 14PA04947 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2016 comm. 167.

¹⁶² « L'évolution jurisprudentielle que nous envisageons ne sera une source de simplification que si elle signe la mort de l'acte détachable du contrat administratif [...] » (B. DACOSTA, *Concl. sur CE, Ass.*, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.).

¹⁶³ « [C]e recours doit être exercé [...] 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

de sécuriser les relations contractuelles en cours. Le Conseil d'État en a néanmoins décidé autrement.

Le rapporteur Bertrand Dacosta justifie ce parti pris notamment par la nécessité de « protéger les contrats déjà conclus qui n'auraient pas fait l'objet de mesures de publicité adéquate »¹⁶⁴. Autrement dit, l'ancienne configuration contentieuse protégerait davantage les contrats qui n'ont pas été soumis à une procédure de passation appropriée. Une telle affirmation peut sonner comme un aveu de faiblesse de la part du Conseil d'État. Le renforcement de la protection du contrat administratif est censé être assuré par l'application, non pas des règles précédentes, mais de celles issues d'un revirement de jurisprudence. Auquel cas, ces dernières n'auraient aucune raison d'être. Par ailleurs, sur le plan de la sécurité juridique, l'avantage procuré par la jurisprudence *Société Ophrys*¹⁶⁵ par rapport à la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*¹⁶⁶ n'est pas certain. Il est vrai que le recours en contestation directe de la validité du contrat ouvert à tous les tiers est enfermé dans un délai de deux mois¹⁶⁷, qui s'écoule à partir 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 »¹⁶⁸. L'absence de telles mesures offrirait alors aux tiers la possibilité de saisir le juge du contrat dans un temps illimité¹⁶⁹. Pour autant, un tel problème peut également se rencontrer dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, lorsque l'acte détachable attaqué n'a pas fait l'objet d'une publicité suffisante¹⁷⁰. Dans ces conditions, l'avantage procuré par l'application du recours en excès de pouvoir à certains contrats est difficilement identifiable. À moins de

contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi [...] » (CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.).

¹⁶⁴ B. DACOSTA, concl. sur CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁶⁵ CE, 21 février 2011, *Société Ophrys*, n° 337349, *Lebon* p. 54 ; concl. B. DACOSTA, *BJCP* 2011 p. 133 ; F. BRENET, *DA* 2011 comm. 47 ; M.-C. DE MONTECLER, *AJDA* 2011. 356 ; R. NOGUELLOU, *RDI* 2011 p. 277 ; J.-P. PIÉTRI, *Contrats-Marchés publ.* 2011 comm. 123 ; F. SCANVIC, *AJCT* 2011 p. 419.

¹⁶⁶ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁶⁷ L'exception qui jouait en matière de travaux publics a été supprimée par l'article 10 du décret n° 2016-1480 du 2 novembre 2016 portant modification du code de justice administrative (partie réglementaire).

¹⁶⁸ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁶⁹ À supposer qu'un délai raisonnable de recours ne soit pas imposé.

¹⁷⁰ « Dans la mesure où [la décision de signer le contrat] est virtuelle, il est rare qu'elle soit publiée. Or, en l'absence de publication, les délais de recours ne courent pas, ce qui rend la décision de signer vulnérable sans limite de temps » (D. CASAS, Concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe*, *RFDA* 2007 p. 696).

considérer qu'il repose le caractère indirect de cette voie d'action. Atteindre le contrat en contestant l'un de ses actes détachables suppose de suivre un long chemin contentieux, au bout duquel l'annulation du contrat administratif est loin d'être garantie.

Les raisons qui ont poussé le Conseil d'État à différer la mise en œuvre du recours « Tarn-et-Garonne » sont, en réalité, d'un autre ordre. Le rapporteur public a en effet rappelé qu'il convenait « de ne pas priver de leur objet les recours pendants contre des actes détachables »¹⁷¹. Il est évident que la fermeture subite de tous les recours engagés contre des actes détachables porterait une atteinte insoutenable à la sécurité juridique. Le principe, qui se traduit notamment par la prévisibilité de la loi, voire de la norme, ne peut tolérer un tel bouleversement juridique dont souffrirait le justiciable. C'est d'ailleurs pour cette raison que la jurisprudence *Bonhomme*¹⁷² n'est pas applicable à l'ensemble des contrats signés avant la lecture de la décision. La prévisibilité de la loi ne s'oppose pas seulement à la perturbation des recours pendants, par l'apparition de nouvelles normes, mais plus largement à tous changements subits des règles sur le fondement desquelles le contrat a été conclu. Elle permet ainsi d'éviter « les pièges procéduraux »¹⁷³ dans lesquels pourrait tomber le justiciable. En outre, ainsi qu'il en ressort de l'arrêt *Tarn-et-Garonne*¹⁷⁴, elle protège surtout les relations contractuelles nouées avant le 4 avril 2014 d'un afflux important de contestations opportunes. Finalement, sur ce point, la décision du Conseil d'État s'inscrit dans la lignée de l'arrêt *Tropic Travaux*¹⁷⁵, lequel a admis la possibilité de différer l'application des règles jurisprudentielles nouvelles afin de préserver les relations contractuelles en cours d'une atteinte excessive¹⁷⁶.

¹⁷¹ B. DACOSTA, Concl. sur CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁷² CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁷³ D. CASAS, Concl. sur CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe*, préc.

¹⁷⁴ « [E]u égard à l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours, le recours ci-dessus défini ne pourra être exercé par les tiers qui n'en bénéficieraient pas et selon les modalités précitées qu'à l'encontre des contrats signés à compter de la lecture de la présente décision » (CE, Ass, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.).

¹⁷⁵ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

¹⁷⁶ M. CANEDO-PARIS, « Contrats administratifs et sécurité juridique : nouvelles avancées jurisprudentielles », *RFDA* 2007 p. 935 ; F. MODERNE, « Sur la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence », *RFDA* 2007 p. 917 ; J. REBELLATO, « La modulation dans le temps des règles jurisprudentielles nouvelles », *JCP A* 2015 p. 2187 ; J. ROBBE, « Le report dans le temps de la règle jurisprudentielle nouvelle. État des lieux, perspectives », *RFDA* 2016 p. 913.

En tout état de cause, les contrats signés avant la lecture de la décision *Tarn-et-Garonne*¹⁷⁷ seront moins sécurisés que les contrats à venir, en raison de l'application aux contrats antérieurs des anciennes règles contentieuses. Autrement dit, le principe de sécurité juridique relatif à la prévisibilité du droit est assuré au détriment de la stabilité des situations juridiques. L'ensemble des contrats signés avant l'arrêt *Tarn-et-Garonne*¹⁷⁸ finira cependant par disparaître, d'une manière ou d'une autre, de l'ordonnement juridique. À l'avenir, la protection du contrat administratif sera bel et bien assurée par le juge du contrat, lorsque l'acte sera contesté par un tiers. L'intérêt général sera le premier bénéficiaire de ce renforcement de la stabilité des relations contractuelles. La dimension administrative du contrat en sortira alors renforcée, marquant la singularité de la notion de contrat administratif.

B/ La stabilité des contrats signés après l'arrêt *Tarn-et-Garonne*

La contestation directe, par un tiers, d'un contrat administratif conclu après le 4 avril 2014 assure à ce dernier une grande stabilité. Il n'est plus question de le remettre en cause à trois reprises devant des juges différents, sur une période parfois très longue. Pas plus qu'il n'est possible de l'atteindre sans remplir des conditions strictement définies. Cette stabilité bénéficie également aux contrats administratifs dont la procédure de passation a été engagée avant la réforme mise en place par la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*¹⁷⁹, mais qui ont été signés après. Les justiciables, en particulier les tiers au contrat, devront simplement veiller à ne pas se laisser surprendre par l'entrée en vigueur des nouvelles règles. Si un recours en excès de pouvoir peut être intenté à l'encontre d'un acte préparatoire à un contrat dont on ignore si la conclusion interviendra avant ou après le 4 avril 2014, il perdra son objet dès lors que la convention sera signée après cette date.

Reste que certains contrats peuvent ne jamais être signés. Or, à l'époque antérieure à l'arrêt *Bonhomme*¹⁸⁰ il était possible de contester les actes détachables du contrat administratif, sans même que l'existence de celui-ci soit matérialisée par une signature, c'est-

¹⁷⁷ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ *Ibid.*

à-dire durant sa phase préparatoire. Aujourd'hui, l'ouverture aux tiers d'un recours direct contre le contrat a pour contrepartie la fermeture du recours en excès de pouvoir à tout moment de sa vie, y compris avant son existence. Autrement dit, tant que le contrat n'est pas signé, de sorte à ouvrir un recours de plein contentieux aux tiers, il demeure incontestable, sauf pour le préfet¹⁸¹ et certains tiers recevables à engager un référé précontractuel. En dehors de ces deux cas, motivés respectivement par une mission de contrôle de légalité et par l'urgence à protéger le principe de transparence¹⁸², il ne semble pas pertinent d'ouvrir une voie de recours visant à contester les actes préparatoires à un acte inexistant. Par définition, ce dernier ne produit pas d'effets et ne peut donc porter préjudice.

Toutefois, pendant la période allant de la préparation du contrat administratif à sa conclusion, à supposer qu'elle intervienne un jour, un certain nombre de tiers ne disposent par conséquent d'aucune voie de recours pour contester un acte dont on a pourtant reconnu les effets à leur égard¹⁸³. C'est une occasion manquée de purger le contrat des vices susceptibles de l'entacher, avant qu'il ne produise des effets juridiques¹⁸⁴. Pourquoi alors ne pas faire intervenir, au stade précontractuel, le juge du contrat, dont les pouvoirs sont conçus pour assurer la stabilité des relations contractuelles ? L'idée mérite d'autant plus de susciter l'attention que rien n'assure que le préfet ou un tiers recevable à saisir le juge des référés ne remarque une illégalité entachant le contrat. Néanmoins, comme son nom l'indique, le rôle du juge du contrat est d'apprécier la légalité d'une convention. Il ne peut satisfaire à cette obligation tant que le contrat n'est pas signé et par conséquent, tant qu'il n'existe pas. Surtout, la possibilité pour les tiers d'assortir à un recours « Tarn-et-Garonne »

¹⁸¹ « [D]ans le cadre du contrôle de légalité, le représentant de l'État dans le département est recevable à contester la légalité [des actes détachables mentionnés] devant le juge de l'excès de pouvoir jusqu'à la conclusion du contrat [...] (CE Ass, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.).

¹⁸² V. *infra* p. 424 et s.

¹⁸³ « Pour les tiers lésés, les actes précédant la signature d'un contrat administratif peuvent bénéficier d'une sorte d'immunité contentieuse jusqu'au moment de l'apposition affective des signatures. » (S. HOURSON, « Un grand pas en avant et deux pas de côté », *DA* 2015 ét. 6).

¹⁸⁴ « Pareille restriction interdit aussi de purger une irrégularité, d'apposer un label de régularité, avant la finalisation du contrat. Ce constat paraît d'autant plus remarquable que, en cherchant à sécuriser la relation contractuelle, on empêche d'écarter par anticipation un vice pouvant affecter la convention. S'il arrive que l'annulation d'un acte détachable soit neutralisée, la sanction encourue peut être la résiliation, voire l'annulation, de la convention, laquelle peut supposer d'autres conséquences. » (*Ibid.*).

une demande de suspension de l'exécution du contrat¹⁸⁵ peut limiter les conséquences d'un vice entachant la convention.

En tout état de cause, le contrat administratif signé après le 4 avril 2014 devra être attaqué dans un délai de deux mois¹⁸⁶. Sur ce point, la stabilité des relations contractuelles ne devrait pas être remise en cause bien longtemps, nonobstant les délais de jugement, lesquels ne seraient à l'évidence pas raccourcis si les actes préparatoires au contrat étaient contestés à sa place. Reste à déterminer le sort réservé aux contrats qui n'ont pas l'objet d'une publicité : sont-ils condamnés à l'instabilité, tout comme ceux signés avant la lecture de la décision *Bonhomme*¹⁸⁷ ou sont-ils simplement exclus du recours en contestation du contrat administratif ouvert aux tiers ?

À ce propos, le Professeur Pierre Delvolvé a été le premier auteur à s'interroger sur les catégories de contrats administratifs qui feraient l'objet du revirement de jurisprudence opéré par l'arrêt *Tarn-et-Garonne*¹⁸⁸. Si la question paraissait pertinente à la suite de la décision *Tropic Travaux*¹⁸⁹, elle l'est peut-être un peu moins aujourd'hui. En effet à cette époque, il était loisible de penser que seuls les contrats soumis à une procédure de publicité et de mise en concurrence seraient susceptibles d'être contestés par un tiers directement devant le juge du contrat, étant donné que son prétoire était uniquement ouvert aux candidats – ou concurrents¹⁹⁰ – évincés. Or, la qualité attribuée à ces derniers n'existait qu'à travers une logique concurrentielle établie formellement par une procédure de publicité et de mise en concurrence. Un certain syllogisme pouvait donc conduire à la conclusion selon laquelle, si le prétoire du juge du contrat était seulement ouvert aux concurrents évincés, alors seuls les contrats soumis à une procédure de passation d'une certaine rigueur étaient susceptibles de faire l'objet d'une demande d'annulation. Bien qu'une telle affirmation puisse être avérée

¹⁸⁵ « [L]es requérants peuvent éventuellement assortir leur recours d'une demande tendant, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de l'exécution du contrat [...] » (CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.).

¹⁸⁶ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ P. DELVOLVÉ, « De *Martin* à *Bonhomme*. Le nouveau recours des tiers contre les contrats administratifs », *RFDA* 2014 p. 438.

¹⁸⁹ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

¹⁹⁰ CE Avis, 11 avril 2012, *Société Gouelle*, n° 355446, *Lebon* p. 148 ; S. BRACONNIER, *RDI* 2012 p. 398 ; F. BRENET, *DA* 2012 comm. 64 ; R. GRAND, *AJDA* 2012 p. 790 ; S. HUL, *AJCT* 2012 p. 435 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, *Contrats-Marchés publ.* 2012 repère 5.

par la pratique, le Conseil d'État n'a, en théorie, jamais limité l'application de la jurisprudence *Tropic*¹⁹¹ à certaines catégories de contrats. Actuellement, à partir du moment où l'accès des tiers au juge du contrat est élargi à l'ensemble de cette catégorie, cette restriction n'a, à l'évidence, plus lieu d'être.

On peut alors s'inquiéter des effets de l'absence totale de publicité d'un contrat administratif. L'arrêt *Bonhomme*¹⁹² précise « que [le recours des tiers contre le contrat administratif] doit être exercé [...] 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 »¹⁹³. En l'absence de telles mesures, la contestation du contrat resterait ouverte pendant un temps illimité, au détriment de la stabilité des relations contractuelles. Il a ainsi été admis, certes dans le cadre d'un recours « Tropic », que la publication d'un avis d'attribution d'une délégation de service public qui ne mentionne que la date d'attribution de celle-ci par le conseil municipal sans mentionner la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation ne fait pas courir le délai¹⁹⁴. Ce raisonnement pourrait trouver à s'appliquer à l'occasion d'un recours « Tarn-et-Garonne ». Il en va de même de l'avis d'attribution d'un marché mentionnant le nom de l'attributaire et le montant du marché qui présente les mêmes défauts¹⁹⁵.

Pour pallier les oublis de l'Administration, Samuel Dyens propose d'instaurer, sur la base de l'article R. 551-7 du Code de justice administrative¹⁹⁶, un délai maximum pour contester le contrat à compter de sa signature¹⁹⁷. Cette solution irait effectivement dans le sens d'une plus grande sécurité juridique, mais il serait injuste d'admettre qu'un recours

¹⁹¹ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

¹⁹² CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ CAA Lyon, 30 octobre 2013, *Société Casinon de Montrond-les-Bains*, n° 13LY00721 ; *Contrats-Marchés publ.* 2014 comm. 24.

¹⁹⁵ CAA Lyon, 30 janvier 2014, *SARL Marot*, n° 13LY00468 ; *Contrats-Marchés publ.* 2014 comm. 122.

¹⁹⁶ Art. R. 551-7 CJA (ancienne version précédant la modification apportée par l'art. 180 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016) : « La juridiction peut être saisie au plus tard le trente et unième jour suivant la publication d'un avis d'attribution du contrat ou, pour les marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, suivant la notification de la conclusion du contrat. En l'absence de la publication d'avis ou de la notification mentionnées à l'alinéa qui précède, la juridiction peut être saisie jusqu'à l'expiration d'un délai de six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat ».

¹⁹⁷ S. DYENS, « Le recours « Tarn-et-Garonne » : quand la sécurité juridique prime sur la légalité », *AJCT* 2014 p. 375.

visant à contester un contrat dont le requérant ne pouvait avoir légitimement connaissance lui soit fermé. La sécurisation des contrats signés après le 4 avril 2014 dépendra donc en partie de la diligence de la personne publique signataire. À moins que le Conseil d'État impose un délai raisonnable de contestation¹⁹⁸. Toutefois, les conditions d'ouverture du recours en contestation du contrat ouvert aux tiers, ainsi que les pouvoirs du juge, pensés pour préserver la stabilité des relations contractuelles, permettront toujours d'assurer la sécurité du contrat.

Quoi qu'il en soit la quasi-totalité des contrats administratifs fera cependant l'objet de « mesures de publicité appropriées »¹⁹⁹. D'une part en effet, les contrats de la commande publique, qui représentent la grande majorité des contrats administratifs²⁰⁰ sont obligatoirement soumis au principe de transparence²⁰¹. D'autre part et surtout, l'Administration est en général suffisamment avertie des risques qu'elle encourt à omettre de publier ne serait que « [l']avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation »²⁰², en témoigne les nombreux affichages en mairie. Autrement dit, la plupart des contrats signés après le 4 avril 2014 devraient normalement être contestables par les tiers dans un délai de deux mois.

L'un des principaux reproches que l'on pouvait faire à l'ancienne architecture contentieuse, notamment dans sa version finale issue de la jurisprudence *Société Ophrys*²⁰³, n'a ainsi plus lieu d'être. « L'épée de Damoclès »²⁰⁴ planant sur le contrat administratif en raison d'une possible remise en cause à durée illimitée, soit par le biais du recours pour excès de pouvoir, soit par la saisine du juge de l'exécution, ne pourra plus, à l'avenir, menacer les relations contractuelles. D'une manière ou d'une autre, tous les contrats signés

¹⁹⁸ CE Ass., 13 juillet 2016, *Czabaj*, préc.

¹⁹⁹ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

²⁰⁰ V. *supra*. p. 12 et s.

²⁰¹ Art. 56 ord. du 23 juillet 2015, préc. : « Dans des conditions fixées par voie réglementaire, les acheteurs rendent public le choix de l'offre retenue et rendent accessibles sous un format ouvert et librement réutilisable les données essentielles du marché public sous réserve des dispositions de l'article 44 » ; art. 48 al. 2 ord. du 29 janvier 2016, préc. : « Les autorités concédantes rendent public le choix de l'offre retenue dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire ». Art. 3 CCP : « Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code. »

²⁰² CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

²⁰³ CE, 21 février 2011, *Société Ophrys*, préc.

²⁰⁴ D. CASAS, Concl. sur CE Sect., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

à compter de la lecture de la décision *Tarn-et-Garonne*²⁰⁵ sont assurés d'être protégés. En effet, le principe même de confier, au juge de plein contentieux, l'appréciation de la légalité du contrat administratif à la demande d'un tiers, ne peut que renforcer la stabilité des relations contractuelles. Ainsi, la réforme du recours des tiers contre le contrat administratif préserve l'intérêt général pour lequel il est signé. Le revirement de jurisprudence opéré par le Conseil d'État ne peut que consolider la dimension administrative du contrat.

Par ailleurs, le fait que la contestation du contrat à l'initiative d'un tiers dépende uniquement de la compétence du juge du contrat conforte aussi la singularité du contrat administratif. En attribuant le contentieux contractuel des tiers à un juge unique, la jurisprudence *Bonhomme*²⁰⁶ a unifié le régime du contrat administratif, marquant davantage sa particularité.

§2. UNE SINGULARISATION ASSURÉE

La présence d'autres juges dans le contentieux contractuel réservé aux tiers pourrait installer un doute quant à l'exclusivité réservée au juge du contrat en matière d'appréciation de la validité du contrat administratif. Pourtant, il demeure d'une part, le seul maître juridictionnel de l'ensemble des contrats administratifs conclus après le 4 avril 2014 ; d'autre part, le seul interlocuteur à qui tous les tiers, quelle que soit leur qualité, peuvent s'adresser. Le juge du contrat est donc le juge naturel du contrat administratif.

Ce monopole conféré par le Conseil d'État depuis la décision *Tarn-et-Garonne*²⁰⁷ harmonise *a fortiori* le régime du contrat, ne serait-ce que dans sa dimension contentieuse (A). Dès lors, la notion de contrat administratif ne peut qu'être impactée par le bouleversement de son régime. Les raisons de l'unification du régime contentieux du contrat autour d'un juge unique le démontrent. Par le transfert, au juge de pleine juridiction, de l'intégralité des demandes d'annulation introduites par les tiers, le contrat administratif voit sa singularité sensiblement marquée (B).

²⁰⁵ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ *Ibid.*

A/ L'unification du régime contentieux du contrat administratif

En principe, la contestation d'un contrat administratif par un tiers entraîne la compétence du juge du contrat. Néanmoins, la persistance de certains recours annexes dans le paysage contentieux peut laisser penser que l'appréciation de la validité du contrat à la demande d'un tiers n'est pas l'apanage du juge du contrat. En effet, le juge de l'excès de pouvoir conserve toujours la faculté de juger les actes détachables des contrats signés avant la lecture de la décision *Tarn-et-Garonne*²⁰⁸. Son intervention est alors éventuellement appuyée par celle du juge de l'exécution. Par ailleurs, le juge du référé précontractuel est susceptible d'apprécier la validité du contrat administratif avant sa signature, court-circuitant la compétence du juge du contrat. Pire encore : le juge du référé contractuel peut quant à lui évaluer la légalité d'un contrat au moment même où l'office du juge du contrat est ouvert. Pour autant, l'analyse des modalités de mise en œuvre des recours a priori concurrents du recours des tiers contre le contrat administratif démontre que le juge du contrat est à la fois indépendant du juge de l'excès de pouvoir (1), du juge de l'exécution (2), mais également du juge des référés (3).

1. L'indépendance du juge du contrat à l'égard du juge de l'excès de pouvoir

Si les dernières évolutions contentieuses sont allées dans le sens d'un renforcement de l'autonomie du juge du contrat, ce dernier n'en était pas pour autant indépendant et seul maître du sort du contrat administratif. L'arrêt *Tropic Travaux*²⁰⁹ lui avait ainsi réservé la faculté exclusive de se prononcer sur le sort d'un contrat administratif contesté par des concurrents évincés de la procédure de passation²¹⁰. Malgré tout, l'interférence du juge de l'excès de pouvoir dans le contentieux contractuel suffisait à elle seule à remettre en cause la place privilégiée et légitime du juge du contrat.

La présence du juge de l'excès de pouvoir était d'autant plus importante que les conditions de mise en œuvre du recours contre les actes détachables du contrat facilitaient

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

²¹⁰ *Ibid.*

fortement sa saisine par les tiers ordinaires²¹¹. D'une part en effet, il existait toujours un acte détachable à chaque contrat, ne serait-ce qu'à travers la décision de signer révélée par la signature de l'acte²¹² ; d'autre part, ces tiers étaient largement admis à agir contre de tels actes²¹³, ainsi par exemple de l'utilisateur du service objet du contrat²¹⁴ ou du contribuable dont les charges sont affectées par la convention²¹⁵. Désormais, tous les contrats administratifs attaqués par les tiers sont inclus dans le champ de compétence du juge du contrat, à l'instar de ceux discutés par les parties, sans que le juge de l'excès de pouvoir n'intervienne dans la procédure de contestation et puisse, fût-ce indirectement, exercer une influence quelconque sur le sort du contrat.

Il est vrai que pour l'heure, l'indépendance du juge du contrat vis-à-vis de son homologue de l'excès de pouvoir n'a pas atteint la perfection. Il demeure quelques îlots de compétences du juge de la légalité en matière d'actes périphériques au contrat. L'absence d'autonomie du juge de plein contentieux pourrait principalement subsister dans deux hypothèses²¹⁶ : d'une part, à travers le maintien du recours pour excès de pouvoir contre les actes des contrats signés avant la lecture de la décision *Tarn et Garonne*²¹⁷ ; d'autre part, à travers la mise en œuvre du déferé préfectoral. Le second cas de figure ne pose en réalité pas de problème particulier. Le préfet disposera encore de la voie du recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables des contrats amenés à être conclus après la lecture de l'arrêt. Mais précisément au moment de leur signature, ce recours deviendra sans objet. De

²¹¹ Nous opposons ici les « tiers ordinaires » aux « concurrents évincés » au sens de la jurisprudence *Tropic Travaux (ibid)*, qui bénéficient alors d'un recours de plein contentieux.

²¹² CE, 9 novembre 1934, *Chambre de commerce de Tamatave*, préc.

²¹³ « Le libéralisme de la jurisprudence relative à l'identification des actes détachables d'un contrat s'est combiné avec celui de la jurisprudence relative à l'intérêt à agir ». (P. DELVOLVÉ, « De *Martin* à *Bonhomme*. Le nouveau recours des tiers contre les contrats administratifs », préc.).

²¹⁴ CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, n° 19167, *Lebon* p. 962 ; concl. J. ROMIEU, *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, Vol. 1, LGDJ, 2015, p. 298 ; *GAJA* p. 88 ; CE Ass., 9 octobre 1996, *Mme Wajs et M. Monnier*, n° 136071, *Lebon* p. 387 ; concl. J.-D. COMBREXELE, *RFDA* 1997 p. 726 ; *AJDA* 1996 p. 1041.

²¹⁵ CE, 11 octobre 1999, *Avrillier*, n° 165510, *Lebon* p. 77 ; *RDI* 2000 p. 37, p. 38 et p. 40.

²¹⁶ Si on exclut un troisième cas de figure : celui des actes détachables des contrats signés après le 4 avril 2014, dont le maintien dans le champ de l'excès de pouvoir a été confirmé. V. : *supra*. p. 38 et s. Mais s'ils sont sans incidence sur le contrat administratif, ils n'emporteront aucune conséquence sur la souveraineté du juge.

²¹⁷ « [L]e recours ci-dessus défini ne pourra être exercé par les tiers qui n'en bénéficiaient pas et selon les modalités précitées qu'à l'encontre des contrats signés à compter de la lecture de la présente décision [...] » (CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.).

ce point de vue, l'influence du juge de l'excès de pouvoir devrait n'être quasi nulle. En revanche, le premier cas de figure appelle davantage d'explications.

La précarité des contrats conclus avant la jurisprudence *Bonhomme*²¹⁸ n'a échappé à aucun des commentateurs de l'arrêt. Tout laisse à croire que cette légère entrave à l'autonomie du juge du contrat disparaîtra avec le temps, c'est-à-dire lorsque tous les contrats signés avant le 4 avril 2014 seront arrivés à leur terme. Encore faut-il qu'aucun de ces contrats n'ait été conclu en l'absence de durée prédéfinie. Or, par nature, un contrat administratif n'est pas insusceptible d'être passé pour une durée indéterminée. Néanmoins, cela n'est possible que parce que les règles de droit public qui s'y appliquent assurent, au besoin, sa résiliation²¹⁹. Tel est par exemple le cas du principe d'inaliénabilité du domaine public²²⁰, qui permet à l'Administration de mettre fin à tout moment à l'autorisation d'occupation consentie dans un contrat, en raison d'un motif d'intérêt général²²¹. Autrement dit, quand bien même aucune échéance n'a été fixée au contrat administratif, ce dernier sera toujours susceptible de disparaître un jour, parce que la personne publique en a le pouvoir²²², tout comme le juge²²³. C'est en tout cas précisément ce qui fait la différence entre un engagement perpétuel, *a priori* illégal, et un contrat dont le terme est inconnu, indéterminé²²⁴. Toutefois, rien ne garantit en théorie que l'Administration ou le juge fassent usage de leur pouvoir de

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ CE, 24 novembre 2008, *Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup*, n° 290540, *Lebon T.* p. 809 ; concl. B. DACOSTA, *BJCP* 2009 p. 151 ; J.-D. DREYFUS, *AJDA* 2009 p. 319 ; G. ECKERT, *Contrats-Marchés publ.* 2009 comm. 9 ; F. MELLERAY, *DA* 2009 comm. 19 ; G. PELLISSIER, *RJEP* 2009 comm. 21.

²²⁰ D'autres motifs de résiliation, indépendants de l'exorbitance du contrat, tels que la faute ou le manquement de l'une des parties, la force majeure, ou encore, une grave irrégularité, peuvent toutefois justifier la disparition du contrat, à l'initiative de l'Administration ou du juge.

²²¹ CE, 5 février 2009, *Association Société centrale d'agriculture, d'horticulture et d'acclimatation de Nice et des Alpes-Maritimes*, n° 305021, *Lebon* p. 20 ; concl. N. ESCAUT, *BJCP* 2009 p. 224 ; J.-D. DREYFUS, *AJDA* 2009 p. 704 ; G. ECKERT, *Contrats-Marchés publ.* 2009 comm. 99 ; F. MELLERAY, *DA* 2009 comm. 53 ; A. GUIGUE, *JCP A* 2001 p. 2103 ; O. FRÉVOT, *RDI* 2009 p. 250 ; C. MAUGÜÉ, *RJEP* 2009 comm. 49.

²²² CE, 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, n° 32401, *Lebon* p. 246 ; concl. J. KAHN, *AJDA* 1958 p. 282 ; A. DE LAUBADÈRE, *Dalloz* 1958 p. 730.

²²³ N. SYMCHOWICZ, « L'intervention du juge du contrat dans l'exécution des contrats administratifs », *AJDA* 2015 p. 320. Ce qui présente l'avantage de rendre également possible la résiliation de contrats administratifs signés entre personnes privées.

²²⁴ F. MELLERAY, « Les contrats administratifs conclus sans limitation de durée », in *Mélanges Richer*, LGDJ, 2013, p. 211.

résiliation, et par conséquent, que tous les contrats signés avant la lecture de la décision *Tarn-et-Garonne*²²⁵, sans délai déterminé, s'éteignent définitivement.

Tant que les contrats signés avant le 4 avril 2014 perdurent, le juge de l'excès de pouvoir peut encore faire valoir sa place, certes limitée, dans le contentieux contractuel. Fort heureusement pour le juge de plein contentieux, la grande majorité des contrats est, d'une manière ou d'une autre, soumise à échéance²²⁶. Cette obligation se justifie notamment en raison des principes de libre accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, qui imposent une remise en concurrence régulière des opérateurs économiques susceptibles d'être intéressés par le contrat en question²²⁷. Pour ne citer que les principaux contrats, sont ainsi soumis à une durée limitée les marchés publics²²⁸, les délégations de service public²²⁹, les marchés de partenariat²³⁰, les baux emphytéotiques administratifs²³¹ ou encore les autorisations d'occupation du domaine public constitutives de droits réels²³². Seuls les contrats non soumis à une procédure de publicité et de mise en concurrence, c'est-à-dire, d'un point de vue économique, les moins importants, pourraient alors être conclus sans durée limitée. Ils resteront toutefois susceptibles d'être soit résiliés, soit confrontés à l'interdiction des engagements perpétuels²³³, qui, en dépit de son caractère civiliste, peut trouver à s'appliquer aux contrats publics en tant que manifestation de la liberté contractuelle dont pourraient jouir les personnes publiques²³⁴.

²²⁵ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

²²⁶ P. TERNEYRE, « La durée des contrats », *RFDA* 2016 p. 276.

²²⁷ CE, Ass., *Compagnie générale des eaux, Commune d'Olivet, Lebon* p. 116 ; concl. E. GEFFRAY, *RFDA* 2009 p. 449 ; J.-M. PASTOR, *AJDA* 2009 p. 676 ; S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, *ibid.* p. 1090 ; S. NICINSKI, *ibid.* p. 1747 ; P. DEUMIER, *RTD civ.* 2010 p. 58 ; G. ORSONI, *RTD com.* 2009 p. 699 ; CE, 7 mai 2013, *Société auxiliaire de parcs de la région parisienne (SAPP), Lebon* p. 137 ; concl. B. DACOSTA, *BJCP* 2013 p. 353 ; D. POUPEAU, *AJDA* 2013 p. 951 ; X. DOMINO et A. BRETONNEAU, *ibid.* p. 1271 ; A. BUREL, *AJCT* 2013 p. 462.

²²⁸ Art. 16 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

²²⁹ Art. 34 de la loi n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

²³⁰ Art. 144 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

²³¹ L. 451-1 C. rur. pm.

²³² Art. L. 2122-6 CG3P.

²³³ Art. 1210 C. civ.

²³⁴ CC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, n° 2006-543 DC ; G. ECKERT, *Contrats-Marchés publ.* 2007 comm. 24 ; M. BASEX, *DA* 2007 comm. 14 ; P.-Y. GADHOUN, *RDP* 2007 p. 845.

Tous les contrats administratifs signés avant la décision *Tarn-et-Garonne*²³⁵ devraient donc finir par disparaître, emportant avec eux les anciennes règles contentieuses qui laissaient intervenir le juge de l'excès de pouvoir au sein du contentieux contractuel et divisaient le régime du contrat administratif. C'est une heureuse nouvelle pour le juge du contrat qui, bénéficiant du monopole de l'appréciation la légalité du contrat administratif, s'émancipe par la même occasion du juge de l'exécution.

2. L'indépendance du juge du contrat à l'égard du juge de l'exécution

La marche du juge du contrat vers l'indépendance l'a naturellement conduit à une autonomie certaine par rapport au juge de l'exécution, ce dernier intervenant au besoin à la suite de l'annulation d'un acte détachable prononcée par le juge de la légalité. En d'autres termes, l'éviction du juge de l'excès de pouvoir du contentieux contractuel entraîne consécutivement l'exclusion du juge de l'injonction.

Ce constat est d'autant plus réjouissant pour le juge du contrat que les pouvoirs du juge de l'exécution se sont sensiblement accrus au cours de ces dernières années²³⁶, à tel point qu'il pouvait, à défaut de prononcer l'annulation, choisir parmi une panoplie de mesures applicables au contrat, allant de la poursuite de son exécution à l'invitation adressée aux parties à le résoudre de manière conventionnelle²³⁷. Certes, le juge du contrat bénéficiait du dernier mot quant à l'opportunité et aux modalités de la résolution du contrat²³⁸. Pour

²³⁵ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

²³⁶ CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement (IRD)*, n° 248950, *Lebon* p. 501 ; concl. D. PIVETEAU, *BJCP* 2004 p. 136 et *CJEG* 2004 p. 246 ; J.-D. DREYFUS, *AJDA* 2004 p. 394 et *RDI* 2004 p. 296 ; A. MÉNÉMÉNIS, *DA* 2004 comm. 59 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2004 comm. 31 ; ²³⁶ CE, 21 février 2011, *Société Ophrys*, n° 337349, *Lebon* p. 54 ; concl. B. DACOSTA, *BJCP* 2011 p. 133 ; F. BRENET, *DA* 2011 comm. 47 ; M.-C. DE MONTECLER, *AJDA* 2011. 356 ; R. NOGUELLOU, *RDI* 2011 p. 277 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2011 comm. 123 ; F. SCANVIC, *AJCT* 2011 p. 419.

²³⁷ « [I] appartient au juge de l'exécution, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, d'enjoindre à la personne publique de résilier le contrat, le cas échéant avec un effet différé, soit, eu égard à une illégalité d'une particulière gravité, d'inviter les parties à résoudre leurs relations contractuelles ou, à défaut d'entente sur cette résolution, à saisir le juge du contrat afin qu'il en règle les modalités s'il estime que la résolution peut être une solution appropriée. » (CE, 21 février 2011, *Société Ophrys*, préc.).

²³⁸ *Ibid.*

autant, certaines hypothèses, notamment relevées par le Professeur François Brenet²³⁹, pouvaient remettre en cause l'autorité du juge du contrat. En particulier, le juge de l'injonction n'était jamais tenu de contraindre les parties à saisir le juge du contrat, s'il estimait que la résolution n'était pas envisageable. Il disposait alors du pouvoir de se prononcer sur le sort du contrat administratif, sans même que le juge du contrat ne puisse intervenir, s'apparentant à un « juge *bis* de la validité du contrat »²⁴⁰ et même à un « juge du contrat tout court »²⁴¹. Ainsi le juge de l'exécution a-t-il pu enjoindre à la personne publique de résilier une délégation de service public, à la suite de l'annulation de deux délibérations ayant pour objet l'attribution du contrat, au motif qu'aucune information relative aux critères de sélection des offres n'avait été fournie aux candidats, irrégularité qui ne justifiait pas de saisir le juge du contrat en vue d'une éventuelle résolution²⁴².

Dans ces conditions, on ne pouvait imputer la place secondaire du juge du contrat dans le contentieux contractuel intéressant les tiers qu'à l'ouverture partielle de son accès²⁴³. La période durant laquelle le rôle du juge du contrat dans le contentieux des contrats administratifs était partagé avec le juge de l'exécution appartient désormais au passé. En intégrant le contrat administratif au sein des actes attaquables par les tiers devant le juge du contrat, le Conseil d'État a enfin donné à ce dernier la place qu'il cherchait à lui attribuer, à mesure qu'il engageait les réformes de son office²⁴⁴. Sur ce point, le régime du contrat administratif en ressort ici aussi plus homogène. Il reste que même après la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*²⁴⁵, on peut encore douter qu'il soit totalement fait place nette au juge du

²³⁹ F. BRENET, « Libres propos sur la « judiciarisation » du contrat administratif : un nouveau juge pour un nouveau contrat administratif ? », in *Mélanges Richer*, préc., p. 529.

²⁴⁰ P. REES, « Le juge de l'exécution, juge *bis* de la validité du contrat à l'usage des tiers ? », *Contrats-Marchés publ.* 2010 comm. 233.

²⁴¹ F. BRENET, « Libres propos sur la « judiciarisation » du contrat administratif : un nouveau juge pour un nouveau contrat administratif ? », préc.

²⁴² CE, 10 décembre 2012, *Société Lyonnaise des Eaux France, Lebon* p. 855 ; concl. G. PELLISSIER, *RJEP* 2013 comm. 29 ; D. POUPEAU, *AJDA* 2012 p. 2409 ; J.-P. PIÉTRI, *Contrats-Marchés publ.* 2013 comm. 49 ; F. BRENET, *DA* 2013 comm. 19.

²⁴³ « Le juge du contrat, [...] semblait par la suite s'être auto-condamné à avoir un rôle accessoire dans le contentieux contractuel, notamment par [...] son refus d'ouvrir son accès aux tiers. » (D. POUYAUD, « Les mutations du contentieux de la validité des contrats », in *Mélanges Truchet*, Dalloz, 2015, p. 541).

²⁴⁴ CE Sect., 7 octobre 1994, *Époux Lopez*, n° 124244, *Lebon* p. 430, concl. R. SCHWARTZ, *ibid.* et *RFDA* 1994 p. 1090 ; J.-B. AUBY et C. MAUGÜÉ, *RDI* 1995 p. 93 ; D. POUYAUD, *RFDA* 1994 p. 1098 ; L. TOUVET et J.-H. STAHL, *AJDA* 1994 p. 867 ; CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement (IRD)*, préc. ; CE, 21 février 2011, *Société Ophrys*, préc. ; CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

²⁴⁵ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

contrat, en raison de la présence dans le contentieux contractuel du juge des référés précontractuel et contractuel.

3. L'indépendance du juge du contrat à l'égard du juge des référés

À l'évidence, le juge du contrat est condamné à cohabiter avec le juge des référés²⁴⁶, dont l'existence repose notamment sur la mise en œuvre de dispositions européennes²⁴⁷. Or, la lecture de celles relatives aux référés précontractuel²⁴⁸ et contractuel²⁴⁹ conduit inévitablement à s'interroger sur leur éventuel empiètement sur le recours direct contre le contrat, ouvert à tous les tiers. L'analyse du champ d'application matériel de chacun de ces recours s'impose alors.

Sans qu'il soit nécessaire de s'intéresser à l'ensemble des règles applicables au référé précontractuel, il apparaît davantage comme un complément que comme un concurrent du recours « Tarn-et-Garonne », pour la seule raison que le juge du référé est ici saisi avant la conclusion de la convention²⁵⁰. Cela signifie qu'il statue alors même que le contrat n'existe pas encore. Le juge du référé précontractuel est un juge de l'urgence, saisi dans le but de bloquer la procédure de passation du contrat²⁵¹. Le juge du contrat intervient au contraire une fois le contrat signé, c'est-à-dire lorsque le juge du référé précontractuel est dépossédé de ses pouvoirs. Par conséquent, nonobstant les conditions de mise en œuvre de chacun

²⁴⁶ Le juge des référés est ici entendu comme le juge des référés précontractuel et contractuel, en excluant notamment le juge du référé suspension qui peut être sollicité dans le cadre du recours « Tarn-et-Garonne ».

²⁴⁷ Directive n° 2007/66/CE du 11 décembre 2007 modifiant les directives 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, transposée par l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique et par le décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009 relatif aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique.

²⁴⁸ Arts. L. 551-1 et L. 551-5 CJA : « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation [par les pouvoirs adjudicateurs ou par les entités adjudicatrices] de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique. [...] ».

²⁴⁹ Art. L. 551-13 CJA : « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section ».

²⁵⁰ Arts. L. 551-1 et L. 551-5 CJA : « [...] Le juge est saisi avant la conclusion du contrat ».

²⁵¹ Arts. L. 551-4 et L. 551-9 CJA : « Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification [au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice] de la décision juridictionnelle ».

des deux recours²⁵², le juge du référé précontractuel est sollicité lorsque le juge du contrat ne peut pas encore l'être, ce dernier intervenant une fois l'office de son homologue fermé, en raison de la signature du contrat et le cas échéant, de la notification de sa décision. Le juge du référé précontractuel et du contrat se complètent plus qu'ils ne s'opposent. Dès lors, à partir du moment où le contrat existe, le juge de contrat conserve le monopole de l'appréciation de sa validité en cas de contestation de la part de tiers.

À l'inverse, le juge du référé contractuel peut sembler quelque peu envahissant dans l'office du juge du contrat, puisqu'il a vocation à être saisi une fois le contrat signé²⁵³. Il intervient lorsque le juge du référé précontractuel n'a plus compétence pour statuer et n'a pas déjà été saisi, sauf exception²⁵⁴, et par conséquent, au moment où l'office du juge du contrat s'ouvre aux tiers. L'identification d'une hypothétique incursion du juge du référé contractuel dans le champ de compétence du juge du contrat suppose donc de s'intéresser aux conditions de mise en œuvre de chacun des recours²⁵⁵.

À la question de savoir si la possibilité pour les tiers de contester directement le contrat administratif devant le juge du contrat renforce son autonomie vis-à-vis du juge du référé contractuel, la simple analyse des contrats susceptibles d'être attaqués devant ce dernier, suffit, en théorie, à apporter une réponse. Seuls les contrats de la commande publique peuvent être soumis à son appréciation²⁵⁶. Le fait est que pour le moment, la notion de contrat de la commande publique n'englobe pas celle de contrat administratif. Elle se limite aux contrats visés expressément par les dispositions du Code de justice administrative relatives aux référés²⁵⁷, autrement dit principalement aux marchés publics²⁵⁸ et aux

²⁵² Ainsi par exemple, le référé précontractuel ne peut être dirigé contre une convention d'occupation du domaine public (CE, 3 décembre 2014, *Tisséo, Lebon T* p. 748, 790 ; D. POUPEAU, *AJDA* 2014 p. 2393), alors que le recours des tiers contre le contrat administratif peut être introduit contre l'ensemble des contrats.

²⁵³ Art. L. 551-13 CJA, préc.

²⁵⁴ Art. L. 551-14 al. 2 CJA : « [L]e recours régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours ».

²⁵⁵ À noter que les conditions de mise en œuvre du référé contractuel sont les mêmes que celles relatives à l'application du référé précontractuel. Les commentaires qui vont suivre seront ainsi valables pour les deux types de recours.

²⁵⁶ Art. L. 551-13 CJA, préc.

²⁵⁷ Arts. L. 551-1 et L. 551-5 CJA, préc.

²⁵⁸ Art. 4 ord. n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

concessions²⁵⁹, ce qui entraîne *a priori* l'exclusion de certains contrats comme les conventions domaniales²⁶⁰. Il faut toutefois reconnaître que la notion de contrat de la commande publique recouvre un grand nombre de contrats administratifs²⁶¹, notamment les plus importants²⁶², par sa conception extensive²⁶³. Finalement, il en résulte une tendance à qualifier de contrat de la commande publique des contrats administratifs qui échappent en principe à cette définition²⁶⁴, ainsi qu'une propension à marginaliser et à raréfier les contrats exclus de la commande publique²⁶⁵. Sur ce point, le champ de compétence du juge du référé contractuel pourrait bien être aussi étendu que celui du juge du contrat, remettant en cause sa légitimité. Mais la souveraineté du juge du contrat pourrait reposer sur d'autres éléments.

Les dispositions du Code justice administrative tendent en effet à ne soumettre à l'appréciation du juge du référé contractuel que les contrats devant faire l'objet d'une procédure de passation²⁶⁶. En revanche, la compétence du juge du contrat n'est aucunement limitée par une règle semblable. Pourtant, sur ce point, le champ d'intervention du juge du référé pourrait s'avérer en réalité plus large qu'il n'y paraît, puisqu'il est susceptible d'englober, à certaines conditions, des contrats non soumis à une procédure de publicité²⁶⁷.

²⁵⁹ Art. 5 ord. n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

²⁶⁰ Observation à propos du référé précontractuel, valable pour le référé contractuel : « [...] il en va en revanche différemment lorsque la convention domaniale, par son économie et son objet, constitue en réalité un contrat de la commande publique [...] ». (M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, 2015, p. 425).

²⁶¹ H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, 2019, Titre 2. La classification des contrats administratifs, p. 147 et s.

²⁶² En 2014, la commande publique représentant 10% du PIB de la France, soit 200 milliards d'euros (<https://www.economie.gouv.fr/economie/commande-publique-en-quelques-chiffres>).

²⁶³ H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 151.

²⁶⁴ « Certains contrats administratifs sont conclus pour satisfaire principalement un besoin/intérêt du cocontractant de la personne publique. Ils échappent en principe au droit de la commande publique [...]. Compte tenu du caractère attractif de la notion de commande publique, ils risquent néanmoins d'être requalifiés dès lors que la collectivité publique met à la charge de son cocontractant certaines obligations. » (*ibid.*, p. 172).

²⁶⁵ « Compte tenu de l'attractivité de la notion de commande publique, les contrats exclus de son champ sont aujourd'hui peu nombreux. » (*ibid.*, p. 210).

²⁶⁶ Arts. L. 551-1 et L. 551-5 CJA, préc. : « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation [...] de contrats administratifs [...] ».

²⁶⁷ Art. L. 551-15 CJA : « Le recours régi par la présente section ne peut être exercé ni à l'égard des contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a, avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication, ni à l'égard des contrats soumis à publicité préalable

Le Professeur Paul Cassia considère néanmoins que ces conditions « [viennent] poser d'importantes limites au champ d'application *rationae materiae* du référé contractuel »²⁶⁸. On ne peut qu'approuver ce constat. La mise en œuvre des mesures permettant d'échapper au référé contractuel est relativement aisée²⁶⁹. Il suffit que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice publie son intention de conclure le contrat et observe un délai de onze jours à compter de celle-ci²⁷⁰.

Si toutefois cette observation ne suffisait pas à démontrer l'importance limitée du référé contractuel par rapport au recours « Tarn-et-Garonne », on pourrait encore arguer que le référé contractuel a principalement été pensé comme un « complément naturel »²⁷¹ du référé précontractuel, mis en place pour pallier les lacunes éventuelles de ce dernier²⁷². C'est pour cette raison que cette voie ne peut être empruntée que si la suspension de la passation du contrat ou la conformité à la décision du juge du référé précontractuel n'a pas été observée²⁷³, ou encore, lorsque le pouvoir adjudicateur n'a pas permis à l'opérateur économique de former utilement un référé précontractuel²⁷⁴.

Le juge du référé contractuel demeure donc également un juge de l'urgence, gardien des règles de la commande publique, et n'est saisi, ni pour les mêmes raisons ni dans les mêmes conditions, que le juge du contrat auquel vont s'adresser l'ensemble des tiers. Et quiconque pourrait craindre un manque d'indépendance du juge du contrat par rapport au juge du référé contractuel se verrait rapidement rassuré par la force probante de quelques chiffres. Environ un an après la mise en place du référé contractuel, seules 128 ordonnances ont été rendues par l'ensemble des tribunaux administratifs, soit cinq fois moins qu'en matière de

auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a accompli la même formalité [...] ».

²⁶⁸ P. CASSIA, « Le référé contractuel : beaucoup de bruit pour – presque – rien », in *Mélanges Richer*, préc., p. 558.

²⁶⁹ Art. L. 551-15 CJA, préc.

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ J. GOURDOU et P. TERNEYRE, « Peut-on améliorer les référés en matière contractuelle ? », *AJDA* 2014 p. 2055.

²⁷² « Le référé contractuel est né du constat des insuffisances des procédures précontractuelles. Certains acheteurs publics pouvaient « oublier » de suivre la procédure de publicité et de mise en concurrence préalable ; d'autres pouvaient choisir d'en hâter la signature » (P. CASSIA, « Le référé contractuel : beaucoup de bruit pour – presque – rien », préc.).

²⁷³ Art. L. 551-14 al. 2 CJA, préc.

²⁷⁴ CE, 10 novembre 2010, *France Agrimer, Lebon T.* p. 858 ; S. HUL, *AJCT* 2011, p. 86 ; J.-D. DREYFUS, *AJDA* 2011 p. 51 ; F. BRENET, *DA* 2011 comm. 9 ; F. LINDITCH, *JCP A* 2010 p. 2379.

référé précontractuel²⁷⁵. L'absence de succès de cette voie de recours est notamment imputable à un taux de satisfaction insignifiant, puisqu'on dénombre seulement 17 ordonnances qui ont fait droit aux conclusions du demandeur²⁷⁶. À la même époque, le référé contractuel n'avait fait l'objet que de 4 arrêts du Conseil d'État²⁷⁷, et de 3 décisions sur 333 rendues en matière de contentieux contractuel, en 2013²⁷⁸.

L'ensemble des éléments fournis conduit à la conclusion selon laquelle en incluant le contrat administratif dans les actes attaquables par les tiers directement devant le juge du contrat, le Conseil d'État a permis à ce dernier de retrouver la mainmise sur le contrat et par conséquent son rôle essentiel dans le contentieux contractuel. Il n'existe qu'un seul juge accessible à l'ensemble des requérants – tiers ou parties – désireux de contester un contrat administratif : le juge du contrat. Il n'existe qu'un seul juge compétent pour connaître de la légalité de l'ensemble des contrats administratifs : le juge du contrat. L'appréciation de la validité d'un contrat administratif ne peut plus se passer du juge du contrat. Le régime du premier est unifié autour de la compétence du second. Sur ce point, l'uniformisation du contentieux des contrats administratifs est actée. Ce mouvement emporte avec lui le renforcement du caractère administratif de ces contrats.

B/ La particularisation consécutive de la notion de contrat administratif

La notion de contrat administratif n'a de sens que parce qu'elle sert à appliquer un régime particulier, notamment contentieux. Plus précisément, elle tire son existence de la répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire²⁷⁹. Ainsi, alors qu'à une certaine époque la notion de contrat administratif visait à conférer le pouvoir au

²⁷⁵ P. REES, « Premier bilan de la jurisprudence administrative en matière de référé contractuel », *Contrats-Marchés publ.* 2011 ét. 10.

²⁷⁶ *Ibid.*

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ (<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Dossiers-thematiques/Le-juge-administratif-et-la-commande-publique#2>)

²⁷⁹ « Les contrats conclus par l'administration ont toujours été répartis, au point de vue de la compétence contentieuse, entre deux catégories respectivement soumises l'une aux tribunaux administratifs, l'autre aux tribunaux judiciaires » (A. DE LAUBADÈRE, *Traité des contrats administratifs*, Tome 1, 1956, LGDJ, p. 29). « Historiquement, l'expression « contrat administratif » est liée au problème de la détermination du juge compétent. En d'autres termes, depuis ses origines, la notion de contrat administratif n'a jamais eu pour objet de qualifier un type d'instrument contractuel précis, mais seulement de donner un nom à l'ensemble des conventions dont la connaissance échappait à la compétence des juridictions judiciaires » (B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Thèse, Éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 734).

juge administratif, il est aujourd'hui permis de considérer que sa raison d'être est plus profonde. Le contrat administratif entraîne, certes, la compétence du juge administratif, mais surtout celle du juge du contrat, désormais – presque – seul pour apprécier sa légalité. Par conséquent, le régime contentieux du contrat administratif est unifié, car il n'est plus éclaté entre plusieurs juges en fonction de la qualité du requérant qui le met en cause.

Partant du constat qu'une notion juridique n'a de sens que parce qu'elle détermine un régime applicable, les bouleversements subis par ce dernier ont réciproquement un impact sur la notion. En ce qui concerne le contrat administratif, l'uniformisation de son régime contentieux entraîne-t-elle l'unification de sa notion ? Plus largement, ce mouvement d'homogénéisation emporte-t-il la notion même de contrat ?

L'uniformisation de la notion générale de contrat dépend de la banalisation du contrat administratif, c'est-à-dire de son rapprochement avec le contrat de droit privé. L'existence d'un tel phénomène suppose donc que l'inclusion du contrat administratif dans les actes susceptibles d'être contestés par les tiers devant le juge du contrat fissure la frontière qui le sépare du contrat de droit commun. En droit civil, « les contrats ne nuisent ni ne profitent aux tiers »²⁸⁰. À l'inverse, cette thèse est difficilement soutenable en droit administratif, dans la mesure où l'ouverture à tous les tiers d'un recours direct contre le contrat trahit inévitablement la reconnaissance des effets qu'il produit à leur égard. Paradoxalement, le droit civil offre tout de même aux tiers des voies de recours contre le contrat, par le biais d'actions en nullité²⁸¹.

Tout d'abord, il ressort des dispositions du Code civil que les tiers totalement étrangers au contrat peuvent demander la nullité absolue de l'acte²⁸², notamment en raison de l'illicéité de son but ou de son contenu²⁸³, au nom de la protection de l'intérêt général. Par ailleurs, ils peuvent dans certains cas exercer une action en nullité relative contre le contrat²⁸⁴, dès

²⁸⁰ D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, Larcier, 2015, p. 410.

²⁸¹ *Ibid.*, pp. 277-278 ; C. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil – Tome 3*, 8^e éd., Economica, 2016, pp. 533-541 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 9^e éd., LGDJ, 2017, pp. 376-377.

²⁸² Art. 1180 C. civ. : « La nullité absolue peut être demandée par toute personne justifiant d'un intérêt [...] ».

²⁸³ À propos d'un contrat de vente signé en infraction à la réglementation de crédit : Cass., Com., 1^{er} mars 1983, *Société Crédit universel*, Bull. civ. IV n° 93.

²⁸⁴ Art. 1181 C. civ. : « La nullité relative ne peut être demandée que par la partie que la loi entend protéger [...] ».

lors que celui-ci porte atteinte à une règle qui visait à protéger un ou plusieurs tiers²⁸⁵. Sans qu'il soit nécessaire de procéder à une comparaison des conditions de mise en œuvre des voies de recours offertes aux tiers au contrat de droit privé et au contrat administratif, il convient de relever que depuis la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*²⁸⁶, le contrat en tant que tel, est contestable directement par les tiers, aussi bien devant le juge administratif que devant le juge judiciaire. On ne saurait cependant conclure que cette similitude suffit à rapprocher la notion de contrat administratif avec celle de contrat de droit privé, en raison des justifications respectives de ces voies de recours.

L'action en nullité des tiers contre le contrat de droit privé trouve son origine dans l'atténuation de l'effet relatif du contrat²⁸⁷, de sorte à reconnaître que la portée du contrat ne se limite pas qu'aux seules personnes qui l'ont conclu. Non seulement le contrat est constitutif d'une situation juridique opposable aux tiers²⁸⁸, mais ces derniers peuvent également être créanciers ou débiteurs d'obligations du fait de l'existence de la convention. Dès lors, il apparaît que certains tiers, parfois même considérés comme placés dans une « situation intermédiaire »²⁸⁹, susceptibles d'être « assimilés ou identifiés aux parties »²⁹⁰, sont suffisamment liés au contrat pour avoir un intérêt à réclamer sa nullité. Reste que les raisons qui ont poussé les conseillers d'État à inclure le contrat administratif dans les actes contestables par les tiers devant le juge du contrat sont, certes, en partie semblables, mais plus subtiles et plus profondes.

Nul ne peut réfuter l'idée selon laquelle le recours « Tarn-et-Garonne » se présente comme soucieux des droits des tiers²⁹¹, à ceci près que la qualité de ces derniers ne se résume pas à celle de simples personnes extérieures au contrat, qui peuvent éventuellement avoir

²⁸⁵ À propos de l'action d'un nu-propiétaire en raison de la conclusion par l'usufruitier d'un bail dépassant les limites légalement imposées : Cass., Civ. 3^e, 26 janvier 1972, Bull. civ. III n°69 ; J. PENNEAU, *D.* 1975 p. 22 ; G. COUBEAUX, *JCP G* 1972 p. 17104.

²⁸⁶ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

²⁸⁷ Art. 1199 C. civ. : « Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter [...] ».

²⁸⁸ Art. 1200 C. civ. : « Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat ».

²⁸⁹ F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, p. 554.

²⁹⁰ J. GHESTIN, C. JAMIN et MARC BILLIAU, *Traité de Droit civil – Les effets du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 2001, p. 730.

²⁹¹ Dans ses conclusions sur *Tarn-et-Garonne*, le rapporteur public évoque « la nécessité d'éviter le risque de déni de justice que s'est attachée à prévenir la jurisprudence *Martin* [...] » (Concl. B. DACOSTA sur CE, Ass., 4 avril 2014, *Tarn-et-Garonne*, *RFDA* 2014 p. 425).

un intérêt lésé par celui-ci. Ils sont ceux pour qui le contrat a été signé et ce pourquoi il a été conclu, à savoir l'intérêt général. Or, le bouleversement contentieux survenu le 4 avril 2014 trouve également son origine dans la volonté d'assurer au contrat administratif une plus grande sécurité juridique. Le transfert intégral, au juge du contrat, du contentieux initié par les tiers, offre alors davantage de stabilité au contrat administratif, précisément parce qu'il engage des deniers publics qu'il convient de ne pas gaspiller²⁹², qu'il est conclu et exécuté dans le respect de la continuité du service public ; en d'autres termes, parce qu'il vise à satisfaire l'intérêt général. En résumé, l'intérêt général commande que le contrat puisse être contesté par les tiers, mais également qu'il soit protégé par le juge du contrat lorsqu'il est attaqué par cette catégorie de requérants. La jurisprudence *Bonhomme*²⁹³ offre donc une représentation des effets du contrat administratif qui n'a absolument rien à voir avec ceux du contrat de droit commun²⁹⁴. L'exorbitance du contrat administratif est de ce point de vue sensiblement renforcée.

Si la notion de contrat administratif est unifiée par l'homogénéisation de son régime, issue du resserrement du contentieux contractuel autour du juge du contrat, c'est surtout sa singularité qui en ressort consolidée. La réforme engagée par le Conseil d'État témoigne à quel point le contrat administratif est particulier et sa raison d'être unique, de par son inscription dans la satisfaction de l'intérêt général. C'est aussi la raison pour laquelle le juge du contrat ne s'est pas vu uniquement confier l'appréciation de la légalité du contrat administratif. Il est aujourd'hui également compétent pour connaître de la plupart des actes qui gravitent autour et dont l'illégalité est susceptible de rejaillir sur la convention. Le juge de plein contentieux tire d'ailleurs en partie son indépendance de cette faculté autrefois réservée au juge de l'excès de pouvoir. En tout état de cause, cette nouvelle typologie, qui redistribue les actes détachables de ceux qui sont désormais indivisibles du contrat administratif, conforte là encore le caractère administratif de ce dernier.

²⁹² « Le contrat public est [...], bien souvent, [...] le support de choix qui affectent les finances publiques » (*Ibid.*).

²⁹³ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

²⁹⁴ « En droit public, l'acte juridique émanant de la volonté d'un ou de quelques individus a, en général effet à l'égard d'un plus grand nombre, car ceux qui agissent le font en vertu d'un pouvoir réglementaire de commandement, correspondant aux intérêts collectifs dont ils ont la charge » (F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, p. 541).

SECTION 2. LA RECLASSIFICATION DES ACTES PÉRIPHÉRIQUES

La sécurisation du contrat administratif découle immédiatement de son intégration dans le champ de compétences du juge du contrat. En effet, dès lors qu'un recours en contestation directe du contrat est ouvert à tous les tiers, le juge de l'excès de pouvoir ne peut plus se mêler, même indirectement, de la validité de la convention²⁹⁵. Le Conseil d'État ne s'est donc pas seulement contenté de mettre en place, au profit des tiers, un recours en annulation du contrat. Il a également transféré le contentieux des actes périphériques au juge de pleine juridiction. C'est précisément cette mesure qui épargne le contrat d'un parcours sinueux susceptible de le déstabiliser à tout moment. Ce revirement de jurisprudence marque le retour de la théorie de l'incorporation²⁹⁶. À ceci près que cette fois, la règle n'a pas pour conséquence de priver les tiers de tout recours, mais au contraire, de les guider vers le juge compétent.

Dans le même temps, il semble difficile de parler encore d'acte détachable. En réalité, cette catégorie d'actes n'avait de détachable que le nom. Comment un acte dont l'illégalité est susceptible de rejaillir sur le sort du contrat peut-il lui être détachable ? De ce constat, on déduit qu'il est plus juste de qualifier les actes autrefois détachables d'actes qui furent détachés – artificiellement. Par conséquent, la théorie de l'incorporation n'en serait pas vraiment une. Elle ne serait pas moins artificielle, superflue. Affirmer, par exemple, que le choix du cocontractant, ou la décision de signer le contrat sont des actes incorporés à la convention relèverait presque du pléonasme. Ces actes sont, par nature, incorporés au contrat administratif. Reste que certains ne le sont pas, bien qu'ils rentrent dans la large sphère contractuelle. Ils ne peuvent alors être appréhendés de la même façon.

Ainsi, la jurisprudence *Tarn-et-Garonne* offre une intéressante typologie des actes périphériques au contrat administratif, distinguant ceux qui relèvent du juge de plein contentieux, de ceux qui dépendent du juge de l'excès de pouvoir. Alors que la première catégorie prend de l'ampleur (§1), la seconde se réduit à peau de chagrin (§2).

²⁹⁵ À titre exceptionnel, le juge de l'excès de pouvoir demeure compétent, jusqu'à la signature du contrat pour connaître de certains actes préparatoires, à la demande du préfet.

²⁹⁶ J. ROMIEU, Concl. sur CE, 4 août 1905, *Martin, Lebon* p. 749 ; *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, vol. I, dir. H. DE GAUDEMAR et D. MONGOIN, LGDJ, 2015, p. 262.

§1. LA MULTIPLICATION DES ACTES LOGIQUEMENT SOUMIS AU JUGE DU CONTRAT

Parmi les actes périphériques au contrat administratif, il en existe qui s'incorporent naturellement à la convention. On pense notamment à ceux qui, en tant qu'actes antérieurs à la signature du contrat, participent activement à la formation du lien contractuel. L'existence du contrat administratif dépend de ceux-là. L'illégalité de ces actes *ante contractuels* est susceptible de rejaillir sur la convention. Réciproquement, l'illicéité de celle-ci peut avoir des répercussions sur les actes qui lui sont incorporés. C'est pourquoi le juge du contrat doit apprécier la validité de cet ensemble contractuel. La protection du contrat administratif passe en effet par l'intégration, dans un recours unique, des actes dont l'illégalité peut le remettre en cause, de sorte à mettre en place les mesures les plus favorables à la préservation de la stabilité des relations contractuelles et de l'intérêt général (A).

À l'inverse, certains actes postérieurs à la conclusion du contrat ne sont pas *stricto sensu* incorporés, quand bien même ils font partie intégrante de la sphère contractuelle. Pour autant, ils n'ont pas été exclus de l'office du juge du contrat. Une raison évidente à cela : la sécurité juridique du contrat (B).

A/ L'intégration initiale des actes antérieurs à la conclusion du contrat

La décision *Tarn-et-Garonne*²⁹⁷ « assèche » principalement le recours en excès de pouvoir grâce à l'intégration explicite dans le plein contentieux des trois actes antérieurs à la conclusion du contrat les plus significatifs. Il s'agit du choix du cocontractant, de la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de signer²⁹⁸. Dans la mesure où ils regroupent à eux seuls la grande majorité des actes contestés par les tiers devant le juge de l'excès de pouvoir²⁹⁹, leur transfert dans le domaine de compétence du juge du contrat réduit drastiquement la place occupée par le recours en excès de pouvoir dans le

²⁹⁷ CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

²⁹⁸ *Ibid.*

²⁹⁹ « [C]e sont le plus souvent trois catégories d'actes qui sont contestés devant le juge de l'excès de pouvoir : la décision par laquelle une personne publique choisit son cocontractant, la délibération autorisant la conclusion du contrat et la décision de le signer » (F. BRENET, « L'avenir du contentieux des actes détachables en matière contractuelle », *AJDA* 2014 p. 2061).

contentieux contractuel : une telle configuration est nécessairement salutaire pour la stabilité du contrat administratif.

L'inclusion du choix du cocontractant dans la sphère de compétences du juge du contrat ne semble toutefois pas être la principale nouveauté du recours « Bonhomme ». Depuis 2007³⁰⁰, il était en effet permis à certains tiers, candidats évincés, de contester la légalité du choix du cocontractant de l'Administration par le biais d'un recours de plein contentieux, après que le contrat a été signé. L'incorporation de cette décision dans le recours « Tarn-et-Garonne » se présente ainsi davantage comme la preuve de l'absorption du recours ouvert aux seuls concurrents évincés par un recours ouvert plus largement à l'ensemble des tiers. En contrepartie, le recours en excès de pouvoir contre la décision de choisir l'attributaire du contrat est fermé, y compris avant la signature du contrat administratif, contrairement à ce qui avait été mis en place par le Conseil d'État en 2007³⁰¹.

En revanche, l'obligation pour un tiers de s'adresser au juge de plein contentieux dans l'hypothèse où il souhaiterait contester la légalité de la délibération autorisant la conclusion du contrat ou encore la décision de le signer est bien plus novatrice et de surcroît, rassurante pour la sécurité des conventions. Nombreuses sont les délibérations, ayant pour objet d'accorder à l'exécutif d'une collectivité le pouvoir de conclure un contrat, susceptibles d'être attaquées par différents tiers. Il est ainsi préférable que l'appréciation de leur licéité s'opère à travers un recours conçu précisément pour pallier les différentes lacunes inhérentes au dispositif contentieux mis en place à partir de la jurisprudence *Martin*³⁰².

De même, le transfert de la légalité de la décision de signer le contrat administratif au plein contentieux marque certainement l'un des tournants les plus importants dans la recherche d'une plus grande stabilité des relations contractuelles. La possibilité pour les tiers de contester, devant le juge de l'excès de pouvoir, la décision de signer³⁰³ a souvent suscité

³⁰⁰ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

³⁰¹ « [À] partir de la conclusion du contrat, et dès lors qu'il dispose du recours ci-dessus défini, le concurrent évincé n'est [...] plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables » (*Ibid.*).

³⁰² CE, 4 août 1905, *Martin*, *Lebon* p. 749 ; concl. J. ROMIEU, *ibid.* ; G. JÈZE, *RDP* 1906 p. 249 ; M. HAURIU, *Sirey* 1906. III. 49.

³⁰³ CE, 9 novembre 1934, *Chambre de commerce de Tamatave*, *Lebon* p. 1034.

un certain scepticisme de la part de la doctrine³⁰⁴, en raison de son caractère artificiel. Au-delà de l'effort intellectuel requis pour admettre l'existence juridique de l'acte, la faculté pour les tiers d'attaquer la décision de signer un contrat ne pouvait que les inciter à saisir le juge de l'excès de pouvoir. En effet, contester la décision de conclure un contrat revenait en réalité à attaquer le contrat lui-même, tant il était difficile de dissocier l'acte en tant que tel de sa signature. Comment une irrégularité affectant la décision de signer le contrat n'affecterait-elle pas la convention ? Réciproquement, peut-on imaginer que la décision de signer un contrat illégal soit licite ? Tout tiers souhaitant voir disparaître un contrat administratif avait alors intérêt à attaquer la décision de le signer, d'autant plus qu'il était admis que des moyens tirés de l'illégalité du contrat lui-même étaient invocables à l'appui d'un recours dirigé contre un acte détachable³⁰⁵. La faculté de contester la décision de signer le contrat présentait en outre l'inconvénient majeur de ne jamais faire courir le délai de recours en excès de pouvoir, puisqu'elle n'avait pas à faire l'objet de publicité³⁰⁶. Or, dans la mesure où il était possible de détacher de chaque contrat la décision de le conclure, révélée par sa signature, tous les contrats administratifs étaient alors susceptibles d'être indirectement contestés par un tiers à tout moment de leur exécution. La soumission de la contestation de la décision de signer un contrat administratif à un certain nombre de conditions et à l'appréciation unique du juge du contrat est donc bienvenue.

Bien que la décision *Tarn-et-Garonne*³⁰⁷ ne vise explicitement que trois catégories d'actes autrefois détachables du contrat, leur nature entraîne, à n'en pas douter, un effet attractif sur d'autres types d'actes, limitant encore un peu plus l'utilisation du recours en excès de pouvoir par les tiers au contrat. Ainsi notamment, le choix du cocontractant constitue un acte qui englobe les décisions de rejet d'une candidature ou d'une offre, et plus généralement, les « diverses décisions susceptibles d'intervenir dans le cadre des procédures

³⁰⁴ A. DE LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, n° 1826, p. 1041, note 36.

³⁰⁵ CE, 12 juillet 1918, *Lefebvre, Lebon* p. 698 ; CE, 8 mars 1985, *Association « Les amis de la terre », Lebon* p. 73 ; CE Sect., 6 décembre 1995, *Département de l'Aveyron, Lebon* p. 428.

³⁰⁶ « Le recours [des tiers] constituait, en effet, pour les parties, une menace perpétuelle, la décision de signer le contrat, considérée comme un acte détachable susceptible de recours pour excès de pouvoir, ne donnant généralement lieu à aucune publication, ce qui faisait obstacle à ce que le délai de recours commençât à courir » (S. BRACONNIER, « Le nouveau visage du contentieux des contrats administratifs », *RDI* 2014 p. 344).

³⁰⁷ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

de passations des contrats relevant de la commande publique »³⁰⁸. Cette solution s'inscrit naturellement dans la lignée des nombreuses applications de la jurisprudence *Tropic Travaux*³⁰⁹, lesquelles ont largement contribué à définir les actes relatifs à la procédure de passation, contestables par les tiers devant le juge du contrat.

« [L]a mort de l'acte détachable » préalable à la signature du contrat semble bel et bien actée, comme le préconisait le rapporteur public Bertrand Dacosta³¹⁰. La contestation des actes autrefois qualifiés de détachables ainsi revient en réalité à demander directement l'annulation du contrat. Autrement dit, l'irrégularité entachant l'acte anciennement détachable devient un moyen invocable à l'appui d'une demande en annulation du contrat administratif. Par l'incorporation des actes préalables dans le plein contentieux, le contrat administratif gagne alors sensiblement en stabilité. S'ils souhaitent contester un contrat en raison d'une illégalité frappant l'un de ces actes, les tiers devront en effet, dans un délai de deux mois, s'adresser au juge du contrat, dont les pouvoirs sont calibrés pour assurer prioritairement la pérennité du contrat administratif. Le sort de ce dernier sera alors définitivement fixé, sa réussite au test de légalité lui assurant en principe une exécution paisible. L'intérêt général, qu'il vise à satisfaire, et qui est également représenté par la personne publique signataire, ne peut que ressortir davantage protégé de cette innovation jurisprudentielle. Bien sûr, la stabilité contractuelle suppose toutefois que les tiers n'aient pas à leur disposition d'autres moyens de menacer le contrat, passé le délai d'ouverture du recours en contestation.

B/ L'incorporation fondamentale d'une mesure postérieure à la conclusion du contrat

Dès le lendemain de la décision *Tarn-et-Garonne*³¹¹, la question de savoir si le recours en contestation du contrat par les tiers devait inclure les actes d'exécution a été régulièrement remise à l'ordre du jour, comme pour actualiser l'éternel débat sur l'avenir des actes

³⁰⁸ Concl. B. DACOSTA sur CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

³⁰⁹ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

³¹⁰ « L'évolution jurisprudentielle que nous envisageons ne sera une source de simplification que si elle signe la mort de l'acte détachable du contrat administratif [...] » (*Ibid.*).

³¹¹ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

détachables dans le contentieux contractuel³¹². Ni l'arrêt, ni même les conclusions de Bertrand Dacosta³¹³ ne permettaient pour autant d'obtenir davantage de précisions à ce sujet. Pour cause : ce dernier s'est cantonné à la notion « d'acte détachable préalable à la signature du contrat »³¹⁴. Dès lors, la jurisprudence *SALIC*³¹⁵ ouvrant aux tiers au contrat administratif la faculté de contester, par la voie du recours en excès de pouvoir, certains actes relatifs à l'exécution du contrat demeurait toujours applicable³¹⁶. Cette prise de position pouvait toutefois être difficilement accueillie dans un contexte qui se veut propice à la préservation des relations contractuelles. Il paraissait quelque peu paradoxal, après la fermeture à l'issue d'un délai de deux mois du recours « Tarn-et-Garonne », censée assainir l'exécution du contrat, de laisser subsister la possibilité pour les tiers de contester les actes d'exécution d'un contrat par la voie du recours en excès de pouvoir, au risque de perturber à tout moment la stabilité des relations contractuelles³¹⁷.

Le recours en excès de pouvoir demeurait malgré tout ouvert, au profit des tiers, à l'encontre de mesures d'exécution diverses³¹⁸, notamment de la décision de résilier le contrat³¹⁹ ou encore du refus de procéder à sa résiliation³²⁰. Or, la menace que laissait planer

³¹² F. BRENET, « L'avenir du contentieux des actes détachables en matière contractuelle », *AJDA* 2014 p. 2061 ; S. DOUTEAUD, « En contentieux des contrats administratifs, la théorie de l'acte détachable est-elle « (frappée) à mort » ? », *LPA* n° 123 p. 13 ; D. POUYAUD, « Que reste-t-il du recours pour excès de pouvoir dans le contentieux des contrats ? », *RFDA* 2015 p. 727.

³¹³ « [N]ous ne sommes pas certains que doive être maintenue la jurisprudence qui voit dans la décision de résilier un contrat, et surtout dans le refus de le résilier, des actes détachables susceptibles de faire l'objet de recours pour excès de pouvoir de la part des tiers » (concl. B. DACOSTA sur CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.).

³¹⁴ *Ibid.*

³¹⁵ CE Sect., 24 avril 1964, *SA de Livraisons industrielles et commerciales (SA LIC)*, *Lebon* p. 239 ; concl. M. COMBARNOUS, *AJDA* 1964 p. 308 ; J. FOURRÉ et M. PUYBASSET, *ibid.* p. 293.

³¹⁶ « En n'évoquant pas le sort des actes détachables relatifs à l'exécution des contrats, l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne* laisse envisager un maintien de la jurisprudence permettant leur contestation par les tiers devant le juge de l'excès de pouvoir » (F. BRENET, « L'avenir du contentieux des actes détachables en matière contractuelle », préc.).

³¹⁷ « Je ne suis pas convaincu pour ma part de l'opportunité de permettre au même tiers auquel au bout de deux mois la voie d'accès directe contre le contrat serait fermée, de lui permettre de revenir par la fenêtre au bout d'un an ou deux en obtenant la résiliation pour le futur du même contrat » (B. DACOSTA, « Table ronde [à propos de l'arrêt CE, Ass. 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*] », préc.).

³¹⁸ À propos du refus de prendre des dispositions obligeant le cocontractant à exécuter ses obligations : CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables quartier Croix-de-Segney-Tivoli*, préc. ; à propos des décisions fixant les emplacements de mobilier urbain : CE, Sect., 9 décembre 1983, *Ville de Paris*, *Lebon* p. 499 ; concl. B. GENEVOIS ; LASSERRE et J.-M. DELARUE, *AJDA* 1984 p. 82.

³¹⁹ CE Ass., 2 février 1987, *Société TV6*, *Lebon* p. 29 ; concl. M. FORNACCIARI, *RFDA* 1987 p. 29 ; M. AZIBERT et M. DE BOISDEFRE, *AJDA* 1987 p. 314.

³²⁰ CE Sect., 24 avril 1964, *SA LIC*, préc. ; CE, 11 janvier 1984, *Fayard*, *Lebon* p. 4 ; CE, 8 décembre 2004, *Société Eiffel-Distribution*, *Lebon* T. p. 804.

sur le contrat administratif la possibilité de contester, en particulier, le refus de le résilier n'a pas échappé à certains juges du fond, ayant alors conclu à l'irrecevabilité du recours en excès de pouvoir dirigé contre une telle mesure d'exécution³²¹. La contestation du refus de résilier le contrat administratif n'a en effet d'autre objectif que de le faire disparaître³²², alors même qu'un recours en annulation est pourtant ouvert pendant un délai de deux mois « à compter de l'accomplissement des mesures de publicités appropriées »³²³. Autrement dit, le recours en excès de pouvoir contre le refus de résilier le contrat fait figure d'alternative à la fermeture du recours « Tarn-et-Garonne »³²⁴, tout en étant ouvert à n'importe quel moment de l'exécution du contrat, pourvu qu'un tiers se voit refuser une demande de résiliation. En outre, il offre aux tiers la possibilité de contester un contrat administratif dans des conditions plus souples que celles posées dans le cadre d'un recours de plein contentieux. Ainsi le maintien du recours en excès de pouvoir contre la décision de refuser la résiliation du contrat fait subsister un recours parallèle à fin de contestation du contrat administratif, qui présente tous les inconvénients issus de la théorie des actes détachables et menace ainsi perpétuellement la sécurité du contrat administratif.

Conscient du danger qui planait sur ce dernier, le Conseil d'État a finalement mis un terme à la jurisprudence *SA LIC*³²⁵ en ouvrant aux tiers, sur la base de sa décision *Département de Tarn-et-Garonne*³²⁶, un recours de plein contentieux contre la décision de refus de procéder à la résiliation du contrat³²⁷. Ce revirement de jurisprudence ne peut qu'être

³²¹ TA Bordeaux, 20 mars 2017, *Association des architectes du patrimoine*, n° 1500706 ; concl. F. BÉROUJON, *JCP A* 2017 p. 2194.

³²² « [L]orsque [le] concurrent évincé forme un recours contre le refus d'une décision de résiliation qu'il a lui-même demandé, il recherche la même chose que lorsqu'il forme un recours contestant la validité du contrat : la disparition d'un contrat dont il a été écarté » (concl. F. BÉROUJON sur TA Bordeaux, 20 mars 2017, *Association des architectes du patrimoine*, préc.). Cette remarque est tout autant susceptible d'être valable pour d'autres tiers que les seuls candidats évincés, qui n'auraient pas trouvé satisfaction dans le recours de plein contentieux.

³²³ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

³²⁴ « Ce maintien en l'état du recours pour excès de pouvoir contre le refus de résiliation d'un contrat serait certainement utilisé par les concurrents évincés qui seraient forclos à emprunter la voie de la contestation de la validité du contrat devant le juge du contrat et cela anéantirait tout effet utile à la jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne* » (*Ibid.*).

³²⁵ CE Sect., 24 avril 1964, *SA LIC*, préc.

³²⁶ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

³²⁷ CE Sect., 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (SMPAT)*, *Lebon* p. 209 ; concl. G. PELLISSIER, *RFDA* 2017 p. 937 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2017 act. 487 ; J.-L. HECKENROTH, *Contrats-Marchés publ.* 2017 pratique 11 ; S. HUL, *AJCT* 2017 p. 455 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, *Contrats-Marchés publ.* 2017 repère 8 ; J. MARTIN, *JCP A* 2017 chron. 2195 ; M.-C. DE MONTECLER, *AJDA* 2017 p.1359 ; G. ODINET et S. ROUSSEL, *ibid.* p. 1669 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2017 comm. 249.

accueilli avec enthousiasme, dans la mesure où il permet de renforcer la sécurité juridique du contrat administratif pour différentes raisons.

D'une manière générale en effet, la décision *Transmanche*³²⁸ ferme le recours en excès de pouvoir contre le refus de résilier le contrat. Plus précisément, elle redirige les tiers tentés de contester cette mesure d'exécution vers le juge du contrat. Ainsi, la remise en cause du contrat, car c'est bien de cela dont il s'agit, passera par un recours unique, et non plus par un parcours contentieux sinueux susceptible de remettre en cause la convention des années plus tard. Par ailleurs, l'opportunité de résilier le contrat administratif sera appréciée par le juge de plein contentieux, lequel dispose des pouvoirs définis selon l'objectif de stabilité des relations contractuelles, qui implique notamment la protection de l'intérêt général³²⁹. En outre, bien que le nouveau recours en contestation du refus de résiliation du contrat puisse se présenter comme un élément perturbateur de la bonne exécution du contrat, le délai auquel il est soumis à compter de la décision, implicite ou explicite, de refus de résiliation, permettra de lever rapidement toute forme d'incertitude quant à son avenir. Si un tel délai n'est toutefois pas clairement fixé par le Conseil d'État, on ne peut vraisemblablement douter de son existence³³⁰.

En résumé, la demande de résiliation du contrat administratif à l'initiative d'un tiers ne pourra désormais s'opérer qu'à travers un recours dont les conditions de mise en œuvre sont plus strictes que dans le cadre d'un recours en excès de pouvoir³³¹. Sur ce point, la

³²⁸ *Ibid.*

³²⁹ « Considérant que, saisi par un tiers dans les conditions définies ci-dessus, de conclusions tendant à ce qu'il soit mis fin à l'exécution d'un contrat administratif, il appartient au juge du contrat d'apprécier si les moyens soulevés sont de nature à justifier qu'il y fasse droit et d'ordonner après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, qu'il soit mis fin à l'exécution du contrat, le cas échéant avec un effet différé [...] » (*Ibid.*).

³³⁰ « La mise en œuvre du délai de recours de deux mois, règle d'application désormais générale, ne présente aucune difficulté en présence d'une décision provoquée : il courra à compter de la notification d'une décision expresse ou de la naissance d'une décision implicite, dans les conditions de droit commun » (concl. G. PELLISSIER sur CE Sect., 30 juin 2017, *SMPAT*, préc.). Art. R. 421-1 CJA : « La juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée ».

³³¹ « C'est en effet pour contrer d'éventuelles stratégies contentieuses consistant à contourner les exigences resserrées du recours du tiers contre le contrat s'agissant de la passation pour obtenir, en particulier grâce au libéralisme avec lequel le juge de l'excès de pouvoir apprécie l'intérêt pour agir et à l'absence de condition posée à l'opérance des moyens soulevés, qu'il soit mis fin pour l'avenir au contrat qu'une évolution s'imposait » (G. ODINET et S. ROUSSEL, « Rénovation du contentieux contractuel : travaux de finitions », *AJDA* 2017 p. 1669).

décision *Transmanche*³³² s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*³³³, avec comme objectif commun de renforcer la sécurité du contrat administratif³³⁴. Est-ce à dire pour autant que le recours en résiliation est assimilable au recours en contestation ? Autrement dit, le recours « Transmanche » est-il indépendant ou au contraire intégré au recours des tiers contre le contrat administratif, constituant une composante de celui-ci ?

En premier lieu, bien que la demande en résiliation soit susceptible d'être formée postérieurement au recours en annulation du contrat, l'objet des deux recours est semblable³³⁵. Sur ce point, le caractère relatif, voire artificiel, de la différence entre la décision de signer, qui peut être attaquée dans le cadre d'un recours « Tarn-et-Garonne », et le refus de résilier le contrat, objet du recours « Transmanche », témoigne de la similitude qui existent entre la finalité de chacune des voies de recours³³⁶. Il s'agit dans tous les cas de mettre un terme au contrat administratif.

En deuxième lieu, la disparition pour l'avenir du contrat figure au nombre des pouvoirs que le juge possède dans le cadre d'un recours en contestation. En d'autres termes, une partie des outils dont bénéficie le juge du contrat saisi d'un recours en contestation lui sont également mis à disposition s'il doit connaître d'une demande de résiliation. Le raisonnement à suivre afin de décider de la résiliation ou de la poursuite de l'exécution du contrat tient d'ailleurs compte de l'intérêt général et peut être éventuellement prononcé

³³² CE, Sect., 30 juin 2017, *SMPAT*, préc.

³³³ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

³³⁴ « [L]es mêmes raisons qui vous avaient conduits à ouvrir aux tiers le recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables de l'exécution du contrat plaident aujourd'hui pour redéfinir ce recours par référence à la voie principale de la contestation de la validité du contrat ouverte aux tiers par la décision *Département de Tarn-et-Garonne* » (concl. G. PELLISSIER sur CE, Sect., 30 juin 2017, *SMPAT*, préc.).

³³⁵ « Ces recours sont en effet proches par leurs objets et par leurs fins, la contestation du contrat dans un cas, de son maintien dans l'autre [...] » (*ibid.*).

³³⁶ Le rapporteur public Gilles Pellissier évoque ainsi une « proximité de cette décision [de refus de résiliation] avec celle de passer le contrat » (*ibid.*). « Comme dans le recours dirigé contre l'acte de passation, le requérant conteste, dans le recours contre le refus de résilier, le droit pour l'Administration de passer certaines conventions. Le caractère détachable de ces actes résulte ainsi de leur objet commun, à savoir que ce sont des actes par lesquels l'administration décide de contracter et non des actes pris dans le cadre du contrat » (J.-P. PIETRI, « Recours des tiers contre le refus de résiliation du contrat », *Contrats-Marchés publ.* 2017 comm. 249).

avec un effet différé³³⁷, deux éléments également intégrés à l'office du juge du contrat par la décision *Tarn-et-Garonne*³³⁸.

En troisième lieu, les modalités de mise en œuvre du recours en résiliation du contrat sont aisément comparables à celles du recours en annulation, notamment en ce qui concerne l'intérêt à agir³³⁹ et les moyens invocables par les tiers. Dans les deux cas, le requérant devra justifier être « lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine »³⁴⁰ par l'acte qu'il conteste et ne pourra soulever que des moyens en rapport direct avec l'intérêt lésé dont il se prévaut³⁴¹, exception faite pour le représentant de l'État dans le département et pour les membres de l'organe délibérant de la collectivité ou du groupement de collectivités territoriales, en raison des intérêts dont ils ont la charge³⁴².

Ces quelques éléments permettent de considérer que le recours « Transmanche » ne serait qu'une précision apportée quant à la mise en œuvre du recours « Tarn-et-Garonne ». Il n'est donc pas hasardeux de retrouver, à plusieurs reprises, dans les conclusions sur l'arrêt *Transmanche*³⁴³, de nombreuses références à la décision *Bonhomme*³⁴⁴. L'issue logique de cette observation conduit à estimer que le refus de résilier le contrat figure au nombre des actes autrefois détachables, mais désormais contestables dans le cadre d'un recours contre le contrat administratif initié par un tiers. Ce qui est certain, c'est que la décision de refus de résiliation du contrat a bel et bien fait l'objet d'une reclassification à la suite de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*³⁴⁵. Elle est aujourd'hui uniquement attaquable devant le juge de plein contentieux, dans l'objectif de garantir une plus grande sécurité juridique au

³³⁷ « [I]l appartient au juge du contrat [...] d'ordonner après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, qu'il soit mis fin à l'exécution du contrat, le cas échéant avec un effet différé » (CE Sect., 30 juin 2017, *SMPAT*, préc.).

³³⁸ Dans certains cas, il revient au juge du contrat « de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, [...] la résiliation du contrat [...] » (CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.).

³³⁹ « Il apparaît ainsi que cette nouvelle exigence posée en matière d'intérêt à agir est la même que le tiers agisse contre le contrat, contre un acte détachable de la passation, ou contre une décision refusant de faire droit à sa demande de mettre fin à l'exécution du contrat » (J. MARTIN, « Un nouveau recours en résiliation du contrat au bénéfice des tiers. Une pierre supplémentaire dans l'édifice de recomposition du contentieux contractuel », *JCP A* 2017 chron. 2195).

³⁴⁰ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc. ; CE Sect., 30 juin 2017, *SMPAT*, préc.

³⁴¹ *Ibid.*

³⁴² *Ibid.*

³⁴³ CE Sect., 30 juin 2017, *SMPAT*, préc.

³⁴⁴ Concl. G. PELLISSIER sur CE, Sect., 30 juin 2017, *SMPAT*, préc.

³⁴⁵ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

contrat. Cette nouvelle qualification n'est cependant que le résultat déductif d'une volonté de préserver le contrat administratif des défaillances de la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne*³⁴⁶. La décision *Transmanche*³⁴⁷ ne surprendra guère : elle était annoncée.

Il était indispensable, en raison des éventuels effets sur le contrat d'un recours initié par un tiers, d'intégrer dans l'office du juge de plein contentieux la décision de refus de résiliation. Certains actes doivent relever de la compétence du juge de pleine juridiction, pour protéger le contrat administratif. D'autres en revanche, doivent rester dans le giron du juge de l'excès de pouvoir, ce qui n'est pas nécessairement constitutif d'un danger pour la stabilité des relations contractuelles.

§2. LA RARÉFACTION DES ACTES IRRÉSISTIBLEMENT SOUMIS AU JUGE DE L'EXCÈS DE POUVOIR

Le Conseil d'État a pris soin d'intégrer dans l'office du juge de plein contentieux certains actes intégrés au contrat pour des raisons qui relèvent désormais de l'évidence. La conséquence directe résultant de cette incorporation est le renforcement de la dimension publique du contrat administratif, à travers la sécurisation de ce dernier. Or, il demeure quelques îlots de compétences au profit du juge de l'excès de pouvoir. Ce constat peut nourrir quelques inquiétudes pour la sécurité du contrat.

Mais à y regarder de plus près, tout comme certains actes doivent spontanément être inclus dans le recours des tiers contre le contrat administratif, d'autres en revanche semblent ne pouvoir que relever du juge de la légalité. La raison est simple : leur nature déterminerait la compétence d'un autre juge que celui du contrat. On ne saurait pour autant tous les exclure totalement de la sphère contractuelle. Certains intéressent le contrat administratif, d'autres ne le concernent même pas. Quoiqu'il en soit, ces actes sont soumis à un autre régime contentieux pour diverses raisons. On pense en particulier aux actes jugés détachables d'un contrat, qui n'est pas administratif, mais de droit privé (A), ou aux actes

³⁴⁶ *Ibid.*

³⁴⁷ CE Sect., 30 juin 2017, *SMPAT*, préc.

postérieurs à la conclusion du contrat, notamment aux actes d'approbation (B). On pense encore à des actes à caractère réglementaire, qu'il s'agisse de clauses ou de contrats de recrutement d'agent public (C). Comme ces actes se situeraient, d'une manière ou d'une autre, à la marge du contrat administratif, ils ne pourraient être soumis au même régime juridictionnel. Ce particularisme immuniserait le contrat administratif des conséquences de leur annulation.

A/ Les actes détachables du contrat de droit privé

Avant même d'analyser le sort des actes détachables du contrat administratif, une certaine cohérence juridique impose un détour préalable parmi les actes qui se détachent de son homologue de droit privé. L'impossibilité pour le juge administratif du contrat de pouvoir connaître des contrats de droit commun est, sans aucun doute, la justification la plus évidente au maintien du recours en excès de pouvoir à l'encontre de certains actes détachables. Il en va du respect de la répartition des compétences entre les ordres juridictionnels. C'est la raison pour laquelle le rapporteur public Bertrand Dacosta annonçait sans équivoque, dès le stade des conclusions sur l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne*³⁴⁸, que le recours en excès de pouvoir subsisterait contre les « décisions relevant de la compétence du juge administratif »³⁴⁹ qui précèdent un contrat de droit privé.

Toutes les décisions relatives à la conclusion du contrat de droit commun seront donc soumises aux règles jurisprudentielles appartenant pourtant à ce qui semble être une autre époque³⁵⁰. Ainsi par exemple de la décision de conclure le contrat³⁵¹, ou au contraire, du refus de le passer³⁵². Seule la réserve émise par le Tribunal des conflits à l'occasion de l'affaire *Brasserie du Théâtre*³⁵³ accordera encore compétence au juge *judiciaire* du contrat, en

³⁴⁸ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

³⁴⁹ B. DACOSTA, Concl. sur CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

³⁵⁰ CE, Sect., 26 novembre 1954, *Syndicat de la raffinerie de soufre française*, *Lebon* p. 620 ; concl. MOSSET, *RPDA* 1955 p. 7 ; TIXIER, *D.* 1955 p. 472.

³⁵¹ CE, 6 avril 1998, *Communauté urbaine de Lyon*, *Lebon* p. 132 ; F. CHOUVEL, *AJDI* 1998 p. 1045.

³⁵² CE Sect., 10 mars 1995, *Commune de Digne*, *Lebon* p. 124, concl. H. SAVOIE, *RFDA* 1996, p. 429 ; J.-B. AUBY et C. MAUGÜE, *RDI* 1995 p. 737 ; J.-F. DAVIGNON, *D.* 1995 p. 541.

³⁵³ TC, 22 novembre 2010, *SARL Brasserie du Théâtre c/ Commune de Reims*, *Lebon* p. 590, concl. P. COLLIN, *BJCP* 2011 p. 55 ; C. BIGET, *AJDA* 2010 p. 2288 ; D. BOTTEHI et A. LALLET, *AJDA* 2010 p. 2423 ; P. CAILLE, *RDI* 2011 p. 450 ; F. MELLERAY, *DA* 2011 comm. 22 ; G. PELLISSIER, *RJEP* 2011 comm. 13.

présence d'un bail d'occupation du domaine privé ne comportant aucune clause exorbitante de droit commun³⁵⁴.

Alors que les dernières évolutions jurisprudentielles sont allées dans le sens d'un assèchement du champ de compétences du juge de l'excès de pouvoir en matière contractuelle, le constat dressé par le commissaire du gouvernement Henri Savoie il y a près de vingt ans paraît encore d'actualité. En effet, « la jurisprudence est d'une certaine façon traversée par l'idée selon laquelle, par nature, les délibérations des assemblées délibérantes des collectivités locales relèveraient de la compétence du juge administratif, quel que soit leur objet [...] »³⁵⁵. Il faut dire que le Conseil d'État, bénéficiant au surplus de l'appui du Tribunal des Conflits³⁵⁶, a toujours eu à cœur de conférer au juge administratif un droit de regard sur les décisions de la personne publique, fussent-elles le préalable d'un contrat de droit privé. À l'origine, le Tribunal des conflits avait donné compétence au juge administratif « pour connaître d'un *déféré préfectoral* dirigé contre les délibérations de conseils municipaux et les arrêtés des maires, même si leur objet est l'autorisation et la passation de contrats de droit privé »³⁵⁷. Le Conseil d'État avait saisi l'occasion pour étendre la règle aux recours initiés, non pas seulement par le préfet, mais par n'importe quel tiers³⁵⁸. C'est donc naturellement qu'il poursuit aujourd'hui, en dépit de la philosophie inculquée par la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*³⁵⁹, le travail entrepris dès l'arrêt *Époux Lopez*³⁶⁰, rendu d'ailleurs à l'occasion de la contestation d'un acte détachable d'un contrat de droit privé. Ainsi la décision du 29 décembre 2014, *Commune d'Uchaux*³⁶¹, confirme la règle selon laquelle les actes administratifs préalables à la conclusion d'un contrat de droit privé sont toujours

³⁵⁴ « [L]a contestation par une personne privée de l'acte, délibération ou décision du maire, par lequel une commune ou son représentant, gestionnaire du domaine privé, initie avec cette personne, conduit ou termine une relation contractuelle, quelle qu'en soit la forme, dont l'objet est la valorisation ou la protection de ce domaine et qui n'affecte ni son périmètre, ni sa consistance, ne met en cause que des rapports de droit privé et relève, à ce titre, de la compétence du juge judiciaire [...] » (*Ibid.*).

³⁵⁵ H. SAVOIE, Concl. sur CE, Sect., 10 mars 1995, *Commune de Digne*, préc.

³⁵⁶ TC, 14 février 2000, *Commune de Baie-Mahaut c/ Société Rhoddlams*, *Lebon* p. 747 ; *D.* 2000 p. 64 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, *RDI* 2000 p. 172).

³⁵⁷ *Ibid.*

³⁵⁸ CE, 5 décembre 2005, *Commune de Pontoy*, n° 270948, *Lebon* p. 548 ; *AJDA* 2005 p. 2433.

³⁵⁹ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

³⁶⁰ CE Sect., 7 octobre 1994, *Époux Lopez*, préc. Instaurant la saisine du juge du contrat après l'annulation d'un acte détachable.

³⁶¹ CE, 29 décembre 2014, *Commune d'Uchaux*, n° 372477, *Lebon* p. 416 ; concl. V. DAUMAS, *BJCP* 2015 p. 218 ; J. M. PASTOR, *AJDA* 2015 p. 4 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2015 comm. 51.

détachables de celui-ci³⁶². Leur contentieux relève par conséquent du juge de l'excès de pouvoir. Ainsi également, le Conseil d'État « adapte aux contrats de droit privé la jurisprudence *Société Ophrys*³⁶³ applicable aux contrats administratifs »³⁶⁴, en prenant soin de limiter l'office du juge administratif, de sorte à ne pas empiéter sur celui du juge judiciaire du contrat³⁶⁵.

Bien entendu, la position du Conseil d'État peut sembler de prime abord regrettable, voire dangereuse pour la sécurité juridique. Encore que l'éventuelle mise à mal de celle-ci n'affecterait que la situation juridique des cocontractants, ce qui est en soi suffisamment regrettable. Nul ne doute cependant que le juge judiciaire du contrat veillera à tirer les conséquences adéquates de l'annulation de l'acte détachable. Surtout, la décision du Conseil d'État est presque contrainte par la nature des actes détachables des contrats de droit privé. Chacun d'entre eux est précédé par des actes administratifs qui, en tant que tels, impliquent la mise en œuvre de règles de droit public dont il faut assurer le respect. Or cette mission est celle du juge de l'excès de pouvoir.

Même si un contrat de droit privé intéresse presque uniquement ses signataires, les règles de droit public encadrant les actes administratifs qui peuvent le précéder intéressent en revanche l'intérêt général. C'est là que se situe leur raison d'être. Il est donc parfaitement opportun que le juge de l'excès de pouvoir vérifie, par exemple, que la délibération préalable à l'acquisition d'un immeuble, par laquelle une commune va engager des deniers publics, soit justifiée par un intérêt public³⁶⁶. De même, le juge de la légalité doit veiller à ce qu'une délibération précédant la vente d'un chemin rural soit prise dans le respect des règles de la domanialité publique³⁶⁷. Enfin, la décision administrative sélectionnant l'acquéreur d'une participation au capital d'une société exploitant un aéroport est également détachable du

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ CE, 21 février 2011, *Société Ophrys*, préc.

³⁶⁴ J.-P. PIETRI, « Effets de l'annulation d'un acte détachable d'un contrat de droit privé », *Contrats-Marchés publ.* 2015 comm. 51.

³⁶⁵ *Ibid.*

³⁶⁶ CE, 29 décembre 2014, *Commune d'Uchaux*, préc.

³⁶⁷ CAA Douai, 22 janvier 2015, *Association Vern'œil, Regroupement des organismes de sauvegarde de l'Oise*, n° 13DA01187 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2015 comm. 72.

contrat de droit privé de cession de ladite participation et ainsi, susceptible de recours en excès de pouvoir³⁶⁸.

En résumé, dès lors qu'une décision administrative, par nature prise dans l'intérêt public, précède un contrat de droit privé, elle entraîne la compétence du juge de l'excès de pouvoir pour apprécier sa légalité. Pour la personne publique, la décision même de passer un contrat de droit privé conduit inévitablement à mettre en œuvre des règles de droit public. Autrement dit, quand bien même les collectivités agiraient presque comme n'importe quel particulier, les juges administratifs (de l'excès de pouvoir et de l'exécution) auront toujours un droit de regard sur les décisions prises dans le cadre de la conclusion d'un contrat de droit privé, ainsi que sur les conséquences de leur illégalité sur ce dernier.

S'il est vrai que cette faculté n'intéresse pas le contentieux des contrats administratifs, elle est en revanche étroitement liée au contrôle de l'action administrative, qu'il faut guider dans la satisfaction de l'intérêt général. On observe en revanche que, loin des considérations de répartition des compétences entre les ordres de juridiction, le recours en excès de pouvoir conserve encore un intérêt dans le contentieux contractuel administratif. En dépit de la volonté commune d'harmoniser le recours des tiers contre le contrat administratif, les caractéristiques de certains actes gravitant autour du contrat ne permettent pas de les intégrer dans le plein contentieux. C'est notamment le cas des actes d'approbation.

B/ Les actes d'approbation

Silencieux sur le sort qu'il comptait réserver aux actes d'approbation de certains contrats administratifs, le Conseil d'État, à l'époque où il a rendu la décision *Tarn-et-Garonne*³⁶⁹, obligeait à s'en remettre aux conclusions de son rapporteur public pour envisager l'avenir des actes en question. Et si Bertrand Dacosta ne voyait alors « pas d'inconvénients à ce qu'ils puissent continuer de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, dans la mesure où seraient contestés leurs vices propres »³⁷⁰, c'est qu'en réalité, il laissait le Conseil d'État en décider plus tard.

³⁶⁸ CE, 27 octobre 2015, *Arrou et autres*, *Lebon T.* p. 756 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2016 comm. 23.

³⁶⁹ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

³⁷⁰ B. DACOSTA, Concl. sur CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

La suggestion du rapporteur public a finalement été suivie par un arrêt du 23 décembre 2016, *ASSECO-CFDT du Languedoc-Roussillon et Association ATTAC Montpellier*³⁷¹. À cette occasion, la Haute juridiction administrative a pu affirmer « qu'indépendamment du recours de pleine juridiction dont disposent les tiers à un contrat administratif pour en contester la validité [...], les tiers qui se prévalent d'intérêts auxquels l'exécution du contrat est de nature à porter une atteinte directe et certaine sont recevables à contester devant le juge de l'excès de pouvoir la légalité de l'acte administratif portant approbation du contrat »³⁷².

Cette confirmation d'une jurisprudence vieille de plus d'un siècle³⁷³, qui vient alors freiner l'élan d'uniformisation du contentieux contractuel, n'est pourtant pas dénuée de sens. Elle tient à la nature de l'acte d'approbation. Acte unilatéral non réglementaire³⁷⁴, ce dernier intervient postérieurement à la signature de certains contrats de grande importance³⁷⁵ et conditionne ainsi leur entrée en vigueur ; autrement dit, leur exécution. C'est donc le moment où survient l'acte d'approbation qui est déterminant pour son assignation dans le champ de compétence du juge de l'excès de pouvoir. En effet, comme en témoignent les conclusions sur l'arrêt *Tarn-et-Garonne*³⁷⁶, l'absorption des actes détachables dans le plein contentieux se limite aux « actes préparatoires à la conclusion d'un contrat déterminé »³⁷⁷, exception faite de la décision particulière de refus de résiliation³⁷⁸. Le recours de plein contentieux n'a d'ailleurs pour seul objectif que de remettre en cause la validité du contrat administratif ou de certaines de ses clauses et plus précisément, la validité de sa formation. Or, par définition, bien qu'il ne soit pas non plus un acte d'exécution, l'acte d'approbation n'est pas antérieur au contrat administratif. Il conditionne le lancement de la

³⁷¹ CE, 23 décembre 2016, *ASSECO-CFDT du Languedoc-Roussillon et Association ATTAC Montpellier*, *Lebon T.* p. 831 ; *AJDA* 2017 p. 8 ; J. BOUSQUET, *DA* 2017 comm. 14 ; J.-D. DREYFUS, *AJCT* 2017 p. 226 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2017 act. 27 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2017 comm. 81.

³⁷² *Ibid.*

³⁷³ CE, 29 décembre 1905, *Petit*, *Lebon* p. 1011 ; M. HAURIU, *S.* 1906 III p. 49.

³⁷⁴ CE, 13 juin 1997, *Société des transports pétroliers par pipe-line*, *Lebon* p. 230.

³⁷⁵ V. pour ex. : arts. L. 122-4 à L. 122-11 du Code de la voirie routière pour les concessions d'autoroute, arts. R. 521-1 et s. du Code de l'énergie pour les concessions d'énergie hydraulique ou encore art. 17 du décret du 6 novembre 2006 pour les contrats de partenariats conclus par SNCF Réseau, objet du litige soumis au Conseil d'État dans l'arrêt *ATTAC* (CE, 23 décembre 2016, *ASSECO-CFDT du Languedoc-Roussillon et Association ATTAC Montpellier*, préc.).

³⁷⁶ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

³⁷⁷ B. DACOSTA, *Concl. sur CE Ass.*, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

³⁷⁸ CE Sect., 30 juin 2017, *SMPAT*, préc.

phase d'exécution du contrat³⁷⁹. Dans ces conditions, il ne peut qu'être contesté par la voie du recours en excès de pouvoir³⁸⁰.

D'un autre côté, une telle évidence est susceptible d'être remise en cause lorsqu'on s'interroge sur les conséquences de la jurisprudence *ATTAC*³⁸¹ pour la sécurité juridique du contrat administratif. Chaque sollicitation du juge de l'excès de pouvoir et, le cas échéant, du juge de l'exécution peut potentiellement perturber la stabilité du contrat. Toutefois, le Conseil d'État a pris la précaution de limiter le nombre d'éventuels requérants, en offrant la possibilité de contester un acte d'approbation aux seuls tiers « qui se prévalent d'intérêts auxquels l'exécution du contrat est de nature à porter une atteinte directe et certaine »³⁸². Cette condition devrait ainsi décourager ceux qui seraient tentés d'essayer d'atteindre le contrat administratif par le biais d'un recours contre son acte d'approbation³⁸³.

Il va de soi que le filtre mis en place au niveau de l'intérêt à agir n'est pas un bouclier inébranlable contre toute menace pour la sécurité juridique du contrat. L'approbation irrégulière d'un contrat administratif a pour conséquence de le rendre inapplicable³⁸⁴, ce qui perturbe forcément sa stabilité. Néanmoins, la décision *ATTAC*³⁸⁵ précise que seuls des « moyens tirés de vices propres à l'acte d'approbation du contrat »³⁸⁶ pourront être soulevés,

³⁷⁹ « Le fondement du maintien du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des décisions d'approbation se comprend alors aisément : il consiste à voir la décision d'approbation non pas comme un acte concourant à la formation du contrat, mais comme un acte qui lui est postérieur puisqu'intervenant après la signature du contrat. » (J. BOUSQUET, « La pérennité de la théorie des actes détachables du contrat administratif : l'exemple de la décision d'approbation », *DA* 2017 comm. 14, préc.).

³⁸⁰ « Nous savons en effet que la décision *Département du Tarn-et-Garonne* n'ouvre un recours de pleine juridiction qu'en ce qui concerne la contestation de validité d'un contrat administratif ou de l'une de ses clauses. Il serait alors concevable d'admettre que l'acte d'approbation ne constitue pas une condition de validité de formation d'un contrat, mais seulement une condition de son efficacité juridique dans la mesure où elle intervient après la formation du contrat, et qu'elle dépend d'une tierce personne. Si l'on suit cette logique, la contestation des actes ne concourant pas à la validité du contrat ne peut relever d'un recours ayant justement et précisément pour objet de la contester, la contestation de la décision d'approbation doit demeurer soumise au régime contentieux de l'excès de pouvoir. » (*Ibid.*).

³⁸¹ CE, 23 décembre 2016, *ASSECO-CFDT du Languedoc-Roussillon et Association ATTAC Montpellier*, préc.

³⁸² *Ibid.*

³⁸³ « Et c'est toujours avec la préoccupation d'éviter que des tiers, qui ne seraient pas recevables à former un recours en contestation de validité, puissent demander au juge de l'excès de pouvoir, à travers l'annulation de l'acte d'approbation, une mesure équivalente dans ses effets sur le contrat à celle que pourrait prendre le juge de plein contentieux, que le Conseil d'État décide que l'intérêt pour agir du requérant doit s'apprécier selon des critères identiques à ceux du recours en contestation de validité. » (J.-P. PIÉTRI, « Conditions de recevabilité d'un recours de tiers contre l'acte d'approbation d'un contrat », *Contrats-Marchés publ.* 2017 comm. 81, préc.).

³⁸⁴ CE, 1^{er} mars 1946, *Société l'Énergie industrielle*, *Lebon* p. 66.

³⁸⁵ CE, 23 décembre 2016, *ASSECO-CFDT du Languedoc-Roussillon et Association ATTAC Montpellier*, préc.

³⁸⁶ *Ibid.*

lesquels sont régularisables³⁸⁷. Plus précisément, « l'annulation d'une décision d'approbation ne paralysera en pratique que momentanément les effets juridiques du contrat le temps pour l'autorité compétente de reprendre une nouvelle décision purgée de tout vice »³⁸⁸. Dans ces conditions, le contrat administratif devrait être rapidement stabilisé, sans que l'intérêt général ait pu souffrir des conséquences de l'illégalité de l'acte d'approbation, sous couvert que les délais de jugement ne soient pas trop longs.

Finalement, le recours en excès de pouvoir contre la décision d'approbation pourrait revêtir un caractère platonique avantageux pour la sécurité juridique. En outre, l'arrêt *ATTAC*³⁸⁹ ne devrait pas souvent inquiéter l'Administration, puisque les actes portant approbation d'un contrat sont en pratique relativement rares³⁹⁰. Tel n'est peut-être pas le cas de tous les actes se rapportant au contrat administratif, comme les clauses réglementaires, ou des contrats de recrutement d'agent public, qui continueront d'être placés dans le champ de compétence du juge de l'excès de pouvoir.

C/ Les actes de nature réglementaire

La dernière catégorie d'actes échappant au champ d'application *rationae materiae* du recours des tiers contre le contrat administratif est celle des actes de nature réglementaire. Leur caractère particulier a conduit le Conseil d'État à confirmer la compétence du juge de l'excès de pouvoir pour connaître de leur légalité. Il en va ainsi des clauses réglementaires (1), mais également des contrats singuliers que sont les contrats de recrutement d'agent public (2).

³⁸⁷ CE, 8 juin 2011, *Commune de Divonne-les-Bains, Lebon* p. 278 ; *AJDA* 2011 p. 1172 ; J.-D. DREYFUS, *AJDA* 2011 p. 1685 ; G. LE CHATELIER, *AJCT* 2011 p. 402.

³⁸⁸ J. BOUSQUET, « La pérennité de la théorie des actes détachables du contrat administratif : l'exemple de la décision d'approbation », préc.

³⁸⁹ CE, 23 décembre 2016, *ASSECO-CFDT du Languedoc-Roussillon et Association ATTAC Montpellier*, préc.

³⁹⁰ J. BOUSQUET, « La pérennité de la théorie des actes détachables du contrat administratif : l'exemple de la décision d'approbation », préc.

1. Les clauses réglementaires

Il a très tôt été permis au justiciable d'invoquer, à l'appui d'un recours en excès de pouvoir, une clause réglementaire³⁹¹. À cette époque, il ne s'agissait pas d'en demander l'annulation, mais seulement d'exiger de l'Administration qu'elle se conforme à celle-ci³⁹². Il aura cependant fallu attendre la décision *Cayzeele* de 1996³⁹³ pour que soit officiellement consacrée l'ouverture du recours en excès de pouvoir à l'encontre des clauses réglementaires. Le basculement du contentieux des actes détachables dans le recours de plein contentieux n'a pas modifié le régime auquel sont soumises les clauses réglementaires. Le Conseil d'État, suivant en cela les conclusions du rapporteur Bertrand Dacosta³⁹⁴, a néanmoins précisé « [qu'] indépendamment [...] des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat [...], tout tiers à un contrat administratif [...] est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles »³⁹⁵. Le maintien du recours en excès de pouvoir à l'encontre des clauses réglementaires d'un contrat administratif a par la suite été confirmé le 30 juin 2016, par un arrêt *Syndicat des compagnies aériennes autonomes*³⁹⁶.

Même inscrite dans un contexte d'homogénéisation du contentieux contractuel administratif, une telle solution ne doit guère surprendre. La clause réglementaire se distingue en effet de la clause contractuelle et ne peut ainsi être appréhendée par le juge de la même façon. Au contraire, « [l]a clause réglementaire d'un contrat administratif est essentiellement la clause non synallagmatique, celle qui aurait pu figurer dans un acte

³⁹¹ CE, 3 février 1905, *Storch*, *Lebon* p. 116 ; M. HAURIOU, *Sirey* 1907 III. 33 ; G. JÈZE, *RDP* 1905 p. 346 ; CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, *Lebon* p. 962 ; concl. J. ROMIEU, *D.* 1907 III p. 41 ; M. HAURIOU, *S.* III. p. 33.

³⁹² *Ibid.*

³⁹³ CE Ass., 10 juillet 1996, *Cayzeele*, *Lebon* p. 274 ; D. CHAUVAUX et T.-X. GIRARDOT, *AJDA* 1996 p. 732 ; P. DELVOLVÉ, *RFD* 1997 p. 89.

³⁹⁴ « [l] s'agit de déplacer l'intégralité du débat contentieux devant le juge du contrat, quel que soit le tiers concerné, de telle sorte qu'aucune autre voie contentieuse ne puisse prospérer une fois le contrat signé (réserve faite du recours pour excès de pouvoir contre les éventuelles clauses réglementaires, lesquelles continueraient de ne pouvoir être contestées que dans le cadre fixé par la jurisprudence *Cayzeele*). » (B. DACOSTA, Concl. sur CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn et Garonne*, préc.).

³⁹⁵ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn et Garonne*, préc.

³⁹⁶ CE, 30 juin 2016, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes* ; P. DEVILLERS, *Contrats-Marchés publ.* 2016 comm. 248.

unilatéral »³⁹⁷. Quand bien même elle revêt une forme contractuelle, son caractère général et impersonnel, qui la définit avant tout, lui confère cette dimension réglementaire³⁹⁸. C'est pour cette raison que « les clauses réglementaires sont celles qui ont une raison d'être que le service soit délégué ou qu'il soit assuré en régie, et les clauses contractuelles celles qui n'ont pas de sens lorsque le service est exploité en régie »³⁹⁹. Plus précisément, elles ont généralement trait à l'organisation et au fonctionnement du service public et sont, à cet égard, créatrices de droits et d'obligations pour les tiers, et, plus particulièrement pour les usagers du service concerné.

S'il n'est pas toujours aisé de déterminer une clause réglementaire, en dehors de dispositions expresses⁴⁰⁰, quelques exemples de ces clauses identifiées à l'issue d'une appréciation *in concreto* du juge nous aident à déceler les contours de cette notion. Ainsi la jurisprudence *Cayzeele*⁴⁰¹ a mis en lumière le caractère réglementaire de clauses établissant le mode de présentation des ordures ménagères par les usagers du service d'enlèvement⁴⁰². Ont également été qualifiées de clauses réglementaires celles relatives aux horaires du service⁴⁰³ ou celles fixant les tarifs applicables à ses usagers⁴⁰⁴. Enfin, la jurisprudence postérieure à la décision *Tarn-et-Garonne*⁴⁰⁵ offre également comme illustration de clause réglementaire celle fixant le plafond du taux moyen d'évolution des principales redevances aéroportuaires pour services rendus⁴⁰⁶ ou celle concernant l'amplitude journalière et le trajet de dessertes maritimes, ainsi que la continuité du service de transport par situation

³⁹⁷ J. LESSI, Concl. sur CE Sect., 1^{er} juillet 2016, *Institut d'ostéopathie de Bordeaux*, RFD A 2016 p. 1107.

³⁹⁸ « Le caractère unilatéral disparaît pour les articles d'un contrat dont l'adoption et l'autorité résultent de l'accord de volontés entre les parties qui l'ont conclu : formellement, ils sont contractuels. Cela n'empêche que la portée de certains d'eux au moins dépasse les parties cocontractantes et atteint autant les tiers qu'elles-mêmes : matériellement, ils sont réglementaires. » (P. DELVOLVÉ, « Le recours en excès de pouvoir contre les dispositions réglementaires d'un contrat », RFD A 1997 p. 89).

³⁹⁹ N. BOULOUIS, Concl. sur CE Sect., 8 avril 2009, *Association Alcaly*, RFD A 2009 p. 463.

⁴⁰⁰ À propos de la qualification d'une clause réglementaire fondée sur les dispositions du Code de l'aviation civile et d'un arrêté ministériel : CE, Sect., 18 mars 1977, *Chambre de commerce de la Rochelle*, Lebon p. 153 ; à propos de la qualification d'une clause réglementaire fondée sur des dispositions législatives ainsi que des ordonnances : CE Sect., 23 février 1968, *Picard*, Lebon p. 131 ; J. MASSOT et J.-L. DEWOST, *AJDA* 1968 p. 459.

⁴⁰¹ CE Ass., 10 juillet 1996, *Cayzeele*, préc.

⁴⁰² *Ibid.*

⁴⁰³ CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, préc.

⁴⁰⁴ CE, 30 octobre 1996, *Wajs*, Lebon p. 387 ; concl. J.-D. COMBEXELLE, RFD A 1997 p. 726 ; D. CHAUVAUX et T.-X. GIRARDOT, *AJDA* 1996 p. 973.

⁴⁰⁵ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁴⁰⁶ CE, 30 juin 2016, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes*, préc.

météorologique dégradée⁴⁰⁷. Le Conseil d'État a fini par synthétiser les éléments caractéristiques de la clause réglementaire en posant sa définition dans un arrêt *Val d'Europe agglomération*⁴⁰⁸. Depuis, il est acquis que « revêtent un caractère réglementaire les clauses d'un contrat qui ont, par elles-mêmes, pour objet l'organisation ou le fonctionnement d'un service public »⁴⁰⁹.

Par ailleurs, le caractère réglementaire d'une clause exerce un effet attractif sur les décisions qui gravitent autour d'elle : celles qui les approuvent, les modifient, les abrogent ou qui, plus généralement, les exécutent⁴¹⁰. Ainsi, revêt un tel caractère la décision approuvant un avenant fixant la grille tarifaire applicable aux usagers du service de transport maritime délégué⁴¹¹, ou encore, la décision de refus d'abrogation ou de modification des clauses relatives aux rotations des navires et aux montants des redevances applicables aux usagers⁴¹². À l'inverse, les délibérations à « caractère contractuel », telles que celles relatives aux modifications contractuelles d'une délégation de service public, ne peuvent être attaquées devant le juge de l'excès de pouvoir. La qualité d'acte réglementaire a ainsi été refusée à une délibération approuvant l'augmentation du niveau d'investissements à la charge du délégataire, puisqu'elle ne concernait que les rapports entre les signataires et n'était pas relative à l'organisation et au fonctionnement du service public⁴¹³. Les clauses et

⁴⁰⁷ CAA Marseille, 13 juin 2016, *Association de défense des usagers du port de Frioul*, G. ECKERT, *Contrats-Marchés publ.* 2016 comm. 211.

⁴⁰⁸ CE, 9 février 2018, *Communauté d'agglomération Val d'Europe agglomération*, n° 404982, *Lebon* p. 34 ; concl. O. HENRARD, *BJCP* 2018 p. 182 ; Q. ALLIEZ, *AJDA* 2018 p. 1168 ; O. DIDRICHE, *AJCT* 2018 p. 331 ; G. ECKERT, *Contrats-Marchés publ.* 2018 comm. 88 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2018 act. 155 ; E. MAUPIN, *AJDA* 2018 p. 301 ; L. RICHER, *DA* 2018 ét. 8.

⁴⁰⁹ *Ibid.* « [S]'agissant d'une convention de concession autoroutière, relèvent notamment de cette catégorie les clauses qui définissent l'objet de la concession et les règles de desserte, ainsi que celles qui définissent les conditions d'utilisation des ouvrages et fixent les tarifs des péages applicables sur le réseau concédé ; qu'en revanche, les stipulations relatives notamment au régime financier de la concession ou à la réalisation des ouvrages, qu'il s'agisse de leurs caractéristiques, de leur tracé, ou des modalités de cette réalisation, sont dépourvues de caractère réglementaire et revêtent un caractère purement contractuel ».

⁴¹⁰ CE, 13 octobre 1976, *SCI de la rue des Farges*, *Lebon* p. 375.

⁴¹¹ CAA Marseille, 13 juin 2016, *Association de défense des usagers du port de Frioul*, préc.

⁴¹² *Ibid.*

⁴¹³ TA Bordeaux, 9 mai 2016, *Association Trans'Cub*, O. DIDRICHE, *AJCT* 2016 p. 575.

autres actes non réglementaires, il y a peu encore inatteignables par les tiers au contrat⁴¹⁴, doivent être contestés devant le juge de plein contentieux⁴¹⁵.

La comparaison entre les clauses contractuelles et les clauses réglementaires laisse apparaître des différences justifiant un régime contentieux distinct. L'objet et la portée des clauses à caractère réglementaire vont au-delà des stipulations du contrat administratif⁴¹⁶. Celui-ci produit incontestablement des effets à l'égard des tiers⁴¹⁷, auquel cas il serait toujours resté pour eux une « citadelle imprenable »⁴¹⁸, ce qui n'est plus admis, dans l'idée, depuis au moins la jurisprudence *Martin*⁴¹⁹. Toutefois, la clause réglementaire atteint les tiers de manière plus directe et surtout en tant qu'usagers d'un service public. Ce n'est pas le contrat administratif qui impose aux tiers de devoir s'acquitter d'une certaine somme d'argent pour monter à bord d'une navette maritime, pas plus qu'il ne fixe l'heure de passage d'un tramway en bas de chez soi. Ce type de dispositions se retrouvent au sein des clauses réglementaires. Dans ces conditions, le juge du contrat n'apparaît pas comme le juge le plus approprié pour apprécier la légalité ou le respect d'un acte réglementaire. Comme son nom l'indique, son rôle est d'évaluer la licéité du contrat tout en garantissant sa stabilité, mais aussi d'arbitrer les conflits entre les parties. Logiquement, le procès fait à l'acte réglementaire ne ressort pas de sa compétence, mais de celle du juge de la légalité.

L'aisance avec laquelle s'explique le maintien du recours en excès de pouvoir contre les clauses réglementaires, au regard de leur nature, ne garantit pas *a priori* la stabilité du contrat administratif qui les contient. La contestation de tout acte détachable de celui-ci est en effet susceptible de perturber tôt ou tard sa bonne exécution. Pourtant, il n'en est rien des clauses

⁴¹⁴ CE, 31 mars 2014, *Union syndicale du Charvet, Lebon T* p. 745 ; M. AMILHAT, *JCP A* 2014 comm. 2154 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2014 comm. 176 ; D. POUPEAU, *AJDA* 2014 p. 770 ; M. TOUZEIL-DIVINA, *JCP A* 2014 act. 331.

⁴¹⁵ CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁴¹⁶ « [O]n fera alors le départ entre les clauses des cahiers des charges destinées à régir les relations entre les parties à l'acte contractuel et celles dont l'objet déborde ces relations pour concerner les administrés, usagers du service dont sont définies les conditions d'exploitation. » (P. WACHSMANN, « La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats. Pour le centenaire de l'arrêt *Martin*. », *RFDA* 2006 p. 24).

⁴¹⁷ « [L]es contrats administratifs – parce qu'ils s'inscrivent dans le cadre de l'action publique – ont généralement des effets qui dépassent les seules parties au contrat. » (M. AMILHAT, « Les tiers au contrat ne peuvent se prévaloir que des clauses réglementaires de ce dernier ... et elles sont strictement définies ! », *JCP A* 2014 comm. 2154, préc.).

⁴¹⁸ F. BRENET, « L'avenir du contentieux des actes détachables en matière contractuelle », *AJDA* 2014 p. 2061.

⁴¹⁹ CE, 4 août 1905, *Martin*, préc.

réglementaires, parce qu'elles sont « par nature divisibles de l'ensemble du contrat »⁴²⁰. Cette divisibilité assure une indépendance totale des clauses réglementaires vis-à-vis du contrat administratif. Dès lors, l'annulation d'une clause réglementaire n'emportera aucun effet sur le contrat administratif, dont la stabilité restera intacte⁴²¹. En tout état de cause, la question de l'impact, sur le contrat, de la disparition d'une clause réglementaire, est amenée à se poser plus rarement à l'avenir. La jurisprudence récente en la matière témoigne en effet d'une certaine restriction de cette catégorie de clause⁴²², qui « ressemble [...] de plus en plus à un îlot »⁴²³. Le phénomène sera d'autant plus perceptible si, pour qualifier le caractère réglementaire d'une clause, le juge s'inspire directement de la nouvelle définition d'acte réglementaire. Les contours de la notion ont en effet été redessinés dans le sens d'une réduction du champ des actes réglementaires⁴²⁴.

Le maintien du recours en excès de pouvoir contre les clauses réglementaires du contrat ne fait face à aucune objection. Au contraire, marquer une séparation nette, à travers une distinction contentieuse, entre la clause réglementaire et le contrat administratif, aurait plutôt tendance à renforcer la stabilité de ce dernier. Puisque l'appréciation de la légalité d'une clause réglementaire s'opère à travers un recours totalement hermétique, les cocontractants n'auront pas à se soucier des retombées éventuelles de sa contestation sur le contrat administratif. Finalement, les retombées positives du maintien du recours en excès de pouvoir contre les clauses réglementaires sont une aubaine, puisque leur nature même rend difficilement plausible leur transfert au sein du plein contentieux. Le caractère réglementaire d'un acte entraîne en effet nécessairement la compétence du juge de l'excès

⁴²⁰ CE Sect., 8 avril 2009, *Association Alcaly, Lebon* p. 112 ; concl. N. BOULOUIS, *RFDA* 2009 p. 463 ; O. GUILLAUMONT, *JCP A* 2009 comm. 2215 ; W. ZIMMER, *Contrats-Marchés publ.* 2009 comm. 165.

⁴²¹ « [Les clauses réglementaires] sont divisibles des autres stipulations du contrat et leur annulation est sans emport sur la validité de celui-ci. » (P. DEVILLERS, « Recours contre les clauses réglementaires de la convention fixant les conditions d'évolution des tarifs de redevances aéroportuaires : application des jurisprudences Danthony et Tarn-et-Garonne », *Contrats-Marchés publ.* 2016 comm. 248, préc.).

⁴²² « [S]i certaines de ces clauses peuvent indirectement avoir des effets pour les tiers [...], cette circonstance ne saurait à elle seule permettre de les regarder comme réglementaires [...] » (CE, 31 mars 2014, *Union syndicale du Charvet*, préc.).

⁴²³ E. LANGELIER, « L'évolution du contentieux des contrats administratifs : à quand l'acte IV ? », *JCP A* 2014 p. 2330.

⁴²⁴ CE Sect., 1^{er} juillet 2016, *Institut d'ostéopathie de Bordeaux, Lebon* p. 277 ; concl. J. LESSI, *RFDA* 2016 p. 1107 ; D. POUPEAU, *AJDA* 2016 p. 1365. Limitant les actes réglementaires à ceux qui ont « pour objet l'organisation d'un service public ». Tel n'est pas (encore) le cas des clauses réglementaires, qui s'étendent à celles qui ont pour objet l'organisation ou le fonctionnement d'un service public : CE, 9 février 2018, *Communauté d'agglomération Val d'Europe agglomération*, préc.

de pouvoir. C'est d'ailleurs pour cette raison que les contrats de recrutement d'agents publics demeurent également du ressort du juge de la légalité.

2. Les contrats de recrutement d'agent public

Au moment où a été pensée l'ouverture complète de l'office du juge du contrat administratif à tous les tiers, le sort des contrats de recrutement d'agent public n'a jamais été envisagé⁴²⁵, ce qui explique l'absence de toute précision de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*⁴²⁶ sur ce point. Ce silence a pu être interprété comme un évident basculement dans le plein contentieux⁴²⁷ du recours contre les contrats de recrutement d'agent public, autrefois introduit directement en excès de pouvoir⁴²⁸.

Le transfert était d'autant plus probable que l'ouverture, par la jurisprudence *Ville de Lisieux*⁴²⁹, d'un recours en excès de pouvoir afin de contester directement un contrat de recrutement d'agent public, semblait à l'époque n'être qu'un pis-aller en l'absence de la possibilité de contester tous les contrats administratifs devant le juge de la légalité. Plus précisément, elle était une étape vers la généralisation de l'accès des tiers à un recours contre le contrat administratif. Ainsi, la spécificité du contrat de recrutement d'agent public avait permis de justifier une exception à la règle selon laquelle les contrats administratifs ne pouvaient être contestés directement par les tiers⁴³⁰. Il a semblé plus acceptable, à cette

⁴²⁵ B. DACOSTA, concl. sur CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁴²⁶ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁴²⁷ « L'arrêt et les conclusions du rapporteur public sont, de manière étonnante, muets sur la question. Plusieurs éléments laissent toutefois penser que le recours Tarn-et-Garonne se substitue, pour les contrats particuliers, au recours pour excès de pouvoir ouvert par l'arrêt *Ville de Lisieux*. » (L. JANICOT et J.-F. LAFAIX, « La nouvelle place du tiers dans le contentieux des contrats administratifs », *RDP* 2014 p. 1175). « Cette omission [des agents-publics non-titulaires] signifie-t-elle que la dérogation apportée par la décision *Ville de Lisieux* est abandonnée au profit d'une fusion dans le cadre du nouveau recours ? À s'en tenir à la lettre de l'arrêt, une réponse affirmative s'impose. » (P. REES, « Tropic II est arrivé. – À propos de l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne* », *Contrats-Marchés publ.* 2014 ét. 5).

⁴²⁸ CE Sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, *Lebon* p. 375 ; concl. J.-H. STAHL, *RFDA* 1999 p. 128 ; P. BOUTELET, *AJFP* 1999 p. 4 ; V. HAÏM, *JCP II* p. 10045 ; D. POUYAUD, *RFDA* 1999 p. 139 ; F. RAYNAUD et P. FOMBEUR, *AJDA* 1998 p. 969.

⁴²⁹ CE Sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, préc.

⁴³⁰ « [L]a décision *Ville de Lisieux* peut [...] s'analyser comme un compromis : l'acceptation d'une dérogation à une époque où il importait encore de sauver un principe. Neuf ans avant *Tropic*, M. Stahl consacrait ainsi le plus clair de ses conclusions à mettre en exergue la fragilité de la théorie de l'acte détachable et du principe refusant aux tiers une action directe contre le contrat. Ce n'est que dans un second temps, sans doute conscient du fait que le fruit n'était pas encore mûr, qu'il insistait sur la nature particulière [des contrats de recrutement d'agent public] pour offrir à ses pairs une solution ne mettant pas en péril tout l'édifice. Les scrupules de l'époque n'étant plus d'actualité, la question, à supposer qu'elle n'ait été pas implicitement

époque, de commencer par ouvrir un recours contre un contrat dont la nature particulière pouvait légitimer un tel revirement de jurisprudence.

Autrement dit, dès lors que le Conseil d'État avait enfin fait sauter tous les verrous qui enfermaient un recours ouvert aux tiers contre l'ensemble des contrats administratifs, finalement plus affuté que le recours en excès de pouvoir⁴³¹, on pouvait raisonnablement penser que le contrat de recrutement d'agent public serait alors contestable devant le juge de plein contentieux. Il n'y avait en effet plus besoin de le distinguer des autres contrats pour l'ériger au rang d'exception à une règle abandonnée. C'était en tout cas satisfaire la logique de simplification du contentieux contractuel administratif recherchée par Le Conseil d'État⁴³².

L'hypothétique transfert du recours en excès de pouvoir contre le contrat de recrutement d'agent contractuel vers le plein contentieux faisait cependant fi des caractéristiques distinguant les deux catégories de voies juridictionnelles. Quand bien même il eut été admis qu'un tiers puisse contester un contrat de recrutement d'agent public devant le juge de l'excès de pouvoir, rien ne garantissait pour autant que cette faculté lui soit un jour conférée devant le juge du contrat. Rappelons en effet que la nature particulière du contrat de recrutement s'avérait parfaitement compatible avec l'ouverture du recours en excès de pouvoir à son encontre. Or, c'est également cette singularité qui va asseoir, plus de quinze ans après la jurisprudence *Ville de Lisioux*⁴³³, la compétence du juge de la légalité pour apprécier la validité d'un contrat de recrutement d'agent public⁴³⁴.

Ce qui distingue, aujourd'hui comme hier, ce dernier des autres contrats administratifs et explique ainsi qu'il ne subit pas le même traitement juridictionnel est sa nature réglementaire. Celle-ci l'a toujours largement emporté sur l'aspect contractuel et marginal

tranchée par la décision commentée, pourrait donc se poser à nouveau. » (P. REES, « Tropic II est arrivé. – À propos de l'arrêt Département de Tarn-et-Garonne », préc.).

⁴³¹ « [L]e recours *Tarn-et-Garonne* s'inscrit mieux que le recours pour excès de pouvoir dans le mouvement contemporain favorable à une plus grande stabilité de la situation des agents contractuels. » (L. JANICOT et J.-F. LAFAIX, « La nouvelle place du tiers dans le contentieux des contrats administratifs », préc.).

⁴³² « [L]'ouverture aux tiers deux recours de nature différente portant sur un même contrat ne répondrait pas à l'exigence de simplification recherchée par le Conseil d'État. Les différences tenant aux conditions de recevabilité et aux moyens invocables poseraient inévitablement des problèmes au juge et au requérant. » (*Ibid.*).

⁴³³ CE Sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisioux*, préc.

⁴³⁴ CE, 2 février 2015, *Commune d'Aix-en-Provence*, *Lebon* p. 14 ; E. LANGELIER, *JCP A* 2015 act. 161 ; F. MELLERAY, *AJDA* 2015 p. 990 ; M.-C. DE MONTECLER, *ibid.* p. 192.

de l'acte. En ce sens, l'arrêt *Ville de Lisieux*⁴³⁵ a davantage pris en compte ce caractère réglementaire des contrats de recrutements d'agents publics qu'il ne l'a révélé. Déjà en 1979 le commissaire du gouvernement Bruno Genevois soulignait que « l'aspect proprement contractuel [de ces contrats] est illusoire dans la mesure où le contenu du contrat est le plus souvent prédéterminé par des dispositions réglementaires qui s'imposent aux parties »⁴³⁶. L'ouverture aux tiers d'un recours en excès de pouvoir contre lesdits contrats résulte donc aussi d'une volonté de tirer toutes les conséquences contentieuses de leur nature profonde, dont découle une grande proximité entre la situation des agents contractuels et celles des fonctionnaires⁴³⁷. La nature particulière des contrats de recrutement d'agent public va par conséquent conduire le Conseil d'État, à l'occasion d'une décision en date du 2 février 2015⁴³⁸, à les maintenir dans le champ de compétence du juge de l'excès de pouvoir, en dépit de l'élan d'uniformisation du contentieux impulsé par la jurisprudence *Bonhomme*⁴³⁹.

Cette solution, certes irrésistible, présente néanmoins un certain nombre d'avantages. Outre le fait qu'elle assure une égalité entre les agents fonctionnaires et les agents contractuels⁴⁴⁰, elle permet de « conserver la logique inhérente [aux] deux types de contentieux »⁴⁴¹. Il ressort d'ailleurs de la préservation des fonctions respectives du recours de plein contentieux et d'excès de pouvoir – ici juger un contrat et juger un acte – une vision différente du contrat de recrutement d'agent public par rapport au contrat administratif. Il semble qu'au final, la possibilité de contester le contrat de recrutement directement devant le juge de l'excès de pouvoir n'a jamais été une véritable exception à la règle selon laquelle les contrats administratifs ne pouvaient être attaqués par les tiers, car il n'est pas un « vrai contrat ». Son exclusion du recours « Tarn-et-Garonne » offre ainsi l'occasion de saisir davantage la notion de contrat administratif. Les effets de ce dernier sur les tiers sont bien

⁴³⁵ CE Sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, préc.

⁴³⁶ B. GENEVOIS, Concl. sur CE, 25 mai 1979, *Mme Rabut, Lebon* p. 231.

⁴³⁷ D. POUYAUD, « La recevabilité du recours en excès de pouvoir contre les contrats administratifs : une nouvelle avancée », *RFDA* 1999 p. 139, préc.

⁴³⁸ CE, 2 février 2015, *Commune d'Aix-en-Provence*, préc.

⁴³⁹ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁴⁴⁰ « Une autre [option de politique juridique] consiste plutôt à privilégier l'égalité entre agents fonctionnaires et agents contractuels. Ce second choix conduit alors à insister sur les caractères particuliers [des contrats de recrutement d'agent public] qui avaient justifié d'ouvrir le recours pour excès de pouvoir dans l'arrêt *Ville de Lisieux*. » (L. JANICOT et J.-F. LAFAIX, « La nouvelle place du tiers dans le contentieux des contrats administratifs », préc.).

⁴⁴¹ E. LANGELIER, « L'évolution du contentieux des contrats administratifs : à quand l'acte IV ? », préc.

plus manifestes que ceux d'un acte qui renvoie en réalité à des dispositions réglementaires intéressant les relations entre un agent non-titulaire et une collectivité publique. Même s'il engage les finances publiques, le contrat de recrutement d'agent public ne concerne pas les tiers de manière comparable à celle d'un contrat administratif « classique ». Il les intéresse d'ailleurs bien moins que les clauses réglementaires. Sa place au sein du recours en excès de pouvoir est donc parfaitement légitime.

CONCLUSION DU CHAPITRE

En instituant le recours « Tarn-et-Garonne », le Conseil d'État semble avoir largement consolidé la notion de contrat administratif. La contestation par les tiers des contrats signés après le 4 avril 2014 sera désormais soumise à l'appréciation du juge du contrat, lequel placera toujours la stabilité des relations contractuelles au rang de priorité quasiment absolue. L'efficacité de l'action administrative en ressortira renforcée, à travers la garantie de la continuité du service public, de la bonne gestion des deniers publics et de la satisfaction de l'intérêt général.

Cette innovation ne tient pas seulement à l'obligation pour les tiers de contester devant le juge de plein contentieux le contrat administratif. La stabilisation des relations contractuelles nées après la décision *Tarn-et-Garonne*⁴⁴² est aussi le résultat d'une répartition des actes attaques par les tiers dans le cadre du recours en contestation de la validité du contrat. Ainsi, la légalité des principes actes autrefois détachables est maintenant soumise à l'appréciation du juge du contrat. Et afin de dissuader les tiers n'ayant pas obtenu gain de cause dans le cadre du recours « Tarn-et-Garonne », le Conseil d'État a également intégré dans le champ de compétence du juge du contrat la décision de refus de résiliation⁴⁴³. Subsisteraient uniquement dans le contentieux de l'excès de pouvoir, les actes dont l'annulation ne devraient pas atteindre le contrat administratif (les clauses réglementaires et les actes d'approbation par exemple) ou dont la nature justifie leur maintien dans le champ d'application du contentieux de la légalité (acte détachable d'un contrat de droit privé ou contrat de recrutement d'agent public notamment).

Pour autant qu'elle paraisse cohérente, cette répartition entre les deux principales voies de recours du contentieux administratif souffre en réalité d'imperfections qui contribuent à entretenir l'instabilité de l'action administrative contractuelle.

⁴⁴² CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁴⁴³ CE Sect., 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (SMPAT)*, préc.

CHAPITRE 2. LA RÉPARTITION INSATISFAISANTE DES ACTES ATTAQUABLES PAR LES TIERS AU CONTRAT ADMINISTRATIF

La révolution contentieuse menée par le Conseil d'État à la suite de la décision *Tarn-et-Garonne*⁴⁴⁴ semble avoir définitivement sécurisé les relations contractuelles, y compris au moyen de solutions rendues ultérieurement. Elle paraît poursuivre une logique relativement simple reposant sur l'intégration, dans le champ d'application *rationae materiae* du recours des tiers contre le contrat administratif, de l'ensemble des actes détachables du contrat administratif ayant participé à sa formation, ainsi que des décisions susceptibles de mettre un terme à son exécution. En résumé, le contentieux des actes dont l'annulation était autrefois susceptible d'entraîner la nullité du contrat administratif est incorporé à celui du contrat administratif.

Le bénéfice apporté par cette nouvelle répartition des actes attaquables devant le juge de plein contentieux doit cependant être nuancé. Elle révèle un certain nombre de carences qui démontrent que du point de vue de son champ d'application matériel, le recours des tiers contre le contrat administratif n'est pas suffisamment abouti, en raison notamment de l'absence de typologie des actes attaquables clairement établie par le Conseil d'État (**Section 1**). Aussi convient-il de proposer de définir distinctement les actes attaquables par les tiers devant le juge de plein contentieux, selon leur nature et leurs effets à l'égard du contrat administratif (**Section 2**).

⁴⁴⁴ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

SECTION 1. LA DÉNONCIATION DE LA RÉPARTITION DES ACTES ATTAQUABLES PAR LES TIERS AU CONTRAT ADMINISTRATIF

Après avoir expressément désigné les actes soumis à l'appréciation du juge du contrat dans le cadre d'un recours « Tarn-et-Garonne »⁴⁴⁵, le Conseil d'État a dû faire face aux interrogations relatives à la répartition, au sein du contentieux contractuel, d'un certain nombre d'actes autrefois attaquables par le biais de l'excès de pouvoir. S'il demeure des actes dont le régime contentieux est encore incertain, celui de la plupart d'entre eux a été déterminé, toujours dans le souci d'atteindre l'objectif de stabilité des relations contractuelles.

Pour autant, la répartition actuelle des actes attaquables et inattaquables par les tiers devant le juge du contrat administratif n'est pas satisfaisante. Elle révèle en effet diverses carences de nature à faire douter de la stabilisation définitive de l'action administrative contractuelle (§1). Cette lacune est congénitale, parce que le Conseil d'État n'a redéfini que de façon superficielle les actes contestables et incontestables dans le cadre du recours des tiers contre le contrat administratif, sans tenir compte de leur nature et de leur fonction (§2).

§1. UNE CLASSIFICATION LACUNAIRE

La classification des actes attaquables et inattaquables dans le cadre du recours des tiers contre le contrat administratif souffre en réalité de lacunes provoquant à la fois une instabilité juridique et une insécurité des relations contractuelles. D'une part en effet, la décision *Tarn-et-Garonne*⁴⁴⁶ n'a pas fait l'objet de toutes les précisions relatives à la répartition des actes détachables entre le plein contentieux et l'excès de pouvoir. Cette incertitude n'est pas favorable aux intérêts des tiers, ignorant parfois le juge qu'ils doivent saisir. Elle laisse aussi et surtout perdurer des actes dans le contentieux de l'excès de pouvoir, ce qui est contraire à l'objectif de stabilité des relations contractuelles poursuivi par l'incorporation des actes détachables dans le recours direct contre le contrat administratif (A). D'autre part,

⁴⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁴⁶ *Ibid.*

certains des choix expressément opérés par le Conseil d'État peuvent également fragiliser les relations contractuelles (B).

A/ L'imprévisibilité de l'avenir des relations contractuelles

L'avenir de la grande majorité des actes adjacents au contrat administratif est désormais scellé et dépendra, sauf rares exceptions, du juge du contrat. C'est une heureuse nouvelle pour la sécurité juridique et plus particulièrement pour l'une de ses composantes, c'est-à-dire la prévisibilité de la loi. Il est cependant regrettable que certains choix opérés par le Conseil d'État puissent aussi facilement faire l'objet de critiques. Cela témoigne en réalité de leur fragilité et peut laisser présager de futurs revirements de jurisprudence. On peut s'étonner en effet d'un entêtement à maintenir dans le champ de l'excès de pouvoir des actes qui, en dépit de leur nature réglementaire, revêtent également un caractère contractuel. De ce point de vue, la politique jurisprudentielle du Conseil d'État paraît s'opposer au mouvement d'harmonisation du contentieux contractuel administratif et de stabilisation des situations juridiques. Le contentieux de certains actes, confié au juge de l'excès de pouvoir aurait donc parfaitement pu être attribué au juge du contrat, sans vraiment heurter d'obstacles juridiquement insurmontables. On songe ainsi aux clauses réglementaires⁴⁴⁷, dont l'appréciation de la légalité en plein contentieux aurait l'avantage d'une plus grande stabilité pour le justiciable. On songe également au contrat de recrutement d'agents publics⁴⁴⁸, pour lesquels on aurait pu considérer que « le recours « Tarn-et-Garonne » s'inscrit mieux [...] dans le mouvement favorable à une plus grande stabilité de la situation des agents contractuels »⁴⁴⁹, impulsé par la décision *Cavallo*⁴⁵⁰ de 2008.

⁴⁴⁷ CE, 30 juin 2016, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes*, n°393805, *Lebon T* p. 609 ; P. DEVILLERS, *Contrats-Marchés publ.* 2016 comm. 248 ; CE, 9 février 2018, *Communauté d'agglomération Val d'Europe agglomération*, n° 404982, *Lebon* p. 34 ; concl. O. HENRARD, *BJCP* 2018 p. 182 ; Q. ALLIEZ, *AJDA* 2018 p. 1168 ; O. DIDRICHE, *AJCT* 2018 p. 331 ; G. ECKERT, *Contrats-Marchés publ.* 2018 comm. 88 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2018 act. 155 ; E. MAUPIN, *AJDA* 2018 p. 301 ; L. RICHER, *DA* 2018 ét. 8.

⁴⁴⁸ CE, 2 février 2015, *Commune d'Aix-en-Provence*, *Lebon* p. 14 ; E. LANGELIER, *JCP A* 2015 act. 161 ; F. MELLERAY, *AJDA* 2015 p. 990 ; M.-C. DE MONTECLER, *ibid.* p. 192.

⁴⁴⁹ L. JANICOT et J.-F. LAFAIX, « La nouvelle place du tiers dans le contentieux des contrats administratifs », *RDP* 2014 p. 1175.

⁴⁵⁰ « [S]auf s'il présente un caractère fictif ou frauduleux, le contrat de recrutement d'un agent contractuel de droit public crée des droits au profit de celui-ci ; [...] lorsque le contrat est entaché d'une irrégularité, [...] l'administration est tenue de proposer à celui-ci une régularisation de son contrat afin que son exécution puisse se poursuivre régulièrement ; [...] si le contrat ne peut être régularisé, il appartient à l'administration, dans la limite des droits résultant du contrat initial, de proposer à l'agent un emploi de niveau équivalent,

Aussi est-il permis de penser que le régime contentieux de ces actes n'est pas totalement figé et pourrait un jour faire l'objet d'un revirement jurisprudentiel. Si de tels changements venaient à se produire, le domaine de compétences du juge de plein contentieux en sortirait définitivement grandi. La tendance à l'harmonisation du contentieux contractuel rend en effet quasiment improbable le transfert, au recours en excès de pouvoir, d'actes contestables en plein contentieux. On se dirige au contraire vers la situation inverse. Pour l'heure, il reste malgré tout peu probable que le Conseil d'État désavoue aussi précocement certaines de ses décisions.

Le principal danger planant sur la sécurité juridique contractuelle réside donc principalement dans une autre forme d'incertitude. Un certain nombre d'actes adjacents au contrat administratif n'ont toujours pas fait l'objet d'une classification contentieuse de la part du Conseil d'État. Certes, il a pu être affirmé que ce dernier a opéré une répartition des actes périphériques à l'occasion de la décision *ATTAC Montpellier*⁴⁵¹, relative aux actes d'approbation⁴⁵². Selon cette théorie, les actes encore détachables, dont le contentieux dépendrait toujours du juge de la légalité, seraient ceux « dénués de lien avec la formation du contrat »⁴⁵³. Ainsi évidemment des actes postérieurs à la signature du contrat, comme les actes d'exécution. Ainsi également de « tous les actes antérieurs à la signature du contrat, mais dont le lien d'un point de vue temporel et/ou fonctionnel est trop distendu avec le contrat »⁴⁵⁴. On pense par exemple aux délibérations se prononçant sur le principe du recours à une délégation de service public. Mais cette thèse ressemble davantage à l'extrapolation d'une solution limitée aux actes d'approbation qu'à la conclusion qu'on peut tirer d'une décision qui viserait l'ensemble des actes adjacents au contrat administratif. Pour

ou, à défaut d'un tel emploi et si l'intéressé le demande, tout autre emploi, afin de régulariser sa situation ; [...] si l'intéressé refuse la régularisation de son contrat ou si la régularisation de sa situation, dans les conditions précisées ci-dessus, est impossible, l'administration est tenue de le licencier. » (CE, Sect., 31 décembre 2008, *Cavallo, Lebon* p. 481 ; concl. E. GLASER, *RFDA* 2009 p. 89 ; G. CALLEY, *AJFP* 2009 p. 153 ; S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, *AJDA* 2009 p. 142).

⁴⁵¹ CE, 23 décembre 2016, *ASSECO-CFDT du Languedoc-Roussillon et Association ATTAC Montpellier, Lebon T* p. 831 ; *AJDA* 2017 p. 8 ; J. BOUSQUET, *DA* 2017 comm. 14 ; J.-D. DREYFUS, *AJCT* 2017 p. 226 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2017 act. 27 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2017 comm. 81.

⁴⁵² J. BOUSQUET, « La pérennité de la théorie des actes détachables du contrat administratif : l'exemple de la décision d'approbation », *DA* 2017 comm. 14, préc.

⁴⁵³ *Ibid.*

⁴⁵⁴ *Ibid.*

le moment en effet, aucun arrêt de principe du Conseil d'État n'a été rendu dans le sens d'une systématisation des actes attaquables ou non devant le juge du contrat.

Il reste en réalité un halo de mystère autour de plusieurs actes périphériques. En l'absence de critères jurisprudentiels permettant de les répartir entre les voies de recours disponibles, la plupart de ces actes sont susceptibles de demeurer sous l'empire de la jurisprudence *Ophrys*⁴⁵⁵ et de déstabiliser les relations contractuelles. Plusieurs auteurs⁴⁵⁶ s'accordaient d'ailleurs pour prédire le maintien, dans le contentieux de l'excès de pouvoir, d'actes tels que les délibérations des collectivités se prononçant sur le principe d'une délégation de service public⁴⁵⁷ ou celles approuvant une opération d'aménagement⁴⁵⁸ par exemple. Peut-on en dire autant des actes postérieurs à la conclusion du contrat et traditionnellement contestables par les tiers devant le juge de l'excès de pouvoir, notamment la décision de résiliation⁴⁵⁹ ? Pour l'heure, le sort de la plupart d'entre eux est encore incertain.

Actuellement, la décision *SMPAT*⁴⁶⁰, à la suite de laquelle le recours contre le refus de résiliation relève du juge de plein contentieux, n'a pas incorporé dans l'office de celui-ci la résiliation unilatérale du contrat⁴⁶¹. Elle demeure contestable par les tiers devant le juge de

⁴⁵⁵ CE, 21 février 2011, *Société Ophrys*, n° 337349, *Lebon* p. 54 ; concl. B. DACOSTA, *BJCP* 2011 p. 133 ; F. BRENET, *DA* 2011 comm. 47 ; M.-C. DE MONTECLER, *AJDA* 2011. 356 ; R. NOGUELLOU, *RDI* 2011 p. 277 ; J.-P. PIÉTRI, *Contrats-Marchés publ.* 2011 comm. 123 ; F. SCANVIC, *AJCT* 2011 p. 419.

⁴⁵⁶ V. par ex. : S. BRACONNIER, « Le nouveau visage du contentieux des contrats administratifs », *RDI* 2014 p. 344 ; B. DACOSTA, « Table ronde [à propos de l'arrêt CE, Ass. 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*] », *RDP* 2014 p. 1148 ; L. JANICOT et J.-F. LAFAIX, « La nouvelle place du tiers dans le contentieux des contrats administratifs », préc.

⁴⁵⁷ Art. L. 1411-4 CGCT : « Les assemblées délibérantes des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics se prononcent sur le principe de toute délégation de service public local après avoir recueilli l'avis de la commission consultative des services publics locaux prévue à l'article L. 1413-1 ».

⁴⁵⁸ Art. L. 300-6 C. urb. : « L'État et ses établissements publics, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent, après enquête publique [...], se prononcer, par une déclaration de projet, sur l'intérêt général d'une action ou d'une opération d'aménagement au sens du présent livre ou de la réalisation d'un programme de construction ».

⁴⁵⁹ CE, Ass., 2 février 1987, *Société TV6*, *Lebon* p. 29 ; concl. M. FORNACCIARI, *RFDA* 1987 p. 29 ; M. AZIBERT et M. DE BOISDEFRE, *AJDA* 1987 p. 314.

⁴⁶⁰ CE, Sect., 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (SMPAT)*, *Lebon* p. 209 ; concl. G. PELLISSIER, *RFDA* 2017 p. 937 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2017 act. 487 ; J.-L. HECKENROTH, *Contrats-Marchés publ.* 2017 pratique 11 ; S. HUL, *AJCT* 2017 p. 455 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, *Contrats-Marchés publ.* 2017 repère 8 ; J. MARTIN, *JCP A* 2017 chron. 2195 ; M.-C. DE MONTECLER, *AJDA* 2017 p.1359 ; G. ODINET et S. ROUSSEL, *ibid.* p. 1669 ; J.-P. PIÉTRI, *Contrats-Marchés publ.* 2017 comm. 249.

⁴⁶¹ « [C]e bref aperçu des questions que pose le recours des tiers contre une décision de résiliation montre qu'il relève d'une problématique très différente de celle du refus de résiliation, qui justifierait que l'on s'interroge sur le principe même d'un tel recours avant de le pérenniser en l'intégrant dans la nouvelle architecture des recours contractuels. » (G. PELLISSIER, *Concl. sur CE, Sect., 30 juin 2017, SMPAT*, préc.).

la légalité⁴⁶². Il n'est cependant pas exclu que cette faculté leur soit à terme retirée. Déjà l'arrêt *Société TV6*⁴⁶³, par lequel le Conseil d'État avait accordé à la décision de résiliation du contrat la qualité d'acte détachable, ainsi susceptible d'être attaqué par les tiers en excès de pouvoir, avait été rendue à l'encontre des conclusions du commissaire du gouvernement Marc Fornacciari⁴⁶⁴. Aujourd'hui encore, la seule possibilité pour les tiers de contester une mesure de résiliation unilatérale, peu importe devant quel juge, est remise en cause⁴⁶⁵. Cette réserve peu trouver son explication dans la phase du contrat à laquelle la décision se rapporte : la phase d'exécution du contrat. Elle intéresserait davantage les parties au contrat que le tiers, extérieurs à ses conditions d'application. Elle serait alors encore plus difficilement contestable dans l'hypothèse où elle serait convenue conjointement par les parties. Dans tous les cas, cela suppose cependant que les tiers ne soient jamais privés d'un service jusqu'à lors fourni grâce au contrat résilié, auquel cas ils auraient tout intérêt à contester la résiliation, particulièrement quand elle n'est pas prononcée pour des motifs d'intérêt général. C'est la raison pour laquelle il semblerait que le recours en excès de pouvoir contre la décision de résiliation ait encore de beaux jours devant lui. Le Conseil d'État devrait être amené à se prononcer sur la question en raison de la liberté prise par certains juges du fond. Le tribunal administratif de Versailles a ainsi jugé « qu'un tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la résiliation de ce contrat est recevable à contester devant le juge du contrat la validité de cette résiliation en vue d'obtenir la réparation du préjudice qu'il estime avoir subi. En revanche, [il] ne peut pas demander l'annulation pour excès de pouvoir de la

⁴⁶² CE, Ass., 2 février 1987, *Société TV6*, préc. ; CE, 27 avril 1998, *CSMF, Lebon* p. 180 ; concl. C. MAUGÜÉ, *RFDA* 1999 p. 97.

⁴⁶³ CE, Ass., 2 février 1987, *Société TV6, Lebon* p. 29 ; concl. M. FORNACCIARI, *RFDA* 1987 p. 29 ; M. AZIBERT et M. DE BOISDEFFRE, *AJDA* 1987 p. 314.

⁴⁶⁴ « [I] est très difficilement admissible qu'un juge puisse être amené, à la demande d'un tiers, à annuler une résiliation, donc à faire revivre un contrat, non seulement contre la volonté de l'administration, mais encore, éventuellement, contre la volonté du cocontractant. » (M. FORNACCIARI, *Concl. sur CE Ass.*, 2 février 1987, *Société TV6*, préc.).

⁴⁶⁵ « [A]utant on perçoit bien que la poursuite de l'exécution d'un contrat administratif soit contraire à certains intérêts généraux et que des tiers puissent agir en justice pour les faire prévaloir contre la volonté de l'administration, autant on voit moins quels intérêts généraux peuvent imposer la poursuite d'une relation contractuelle particulière. » (G. PELLISSIER, *Concl. sur CE Sect.*, 30 juin 2017, *SMPAT*, préc.).

mesure de résiliation de ce contrat »⁴⁶⁶. *A contrario*, le tribunal administratif de Bordeaux a jugé recevable un recours en excès de pouvoir contre une mesure de résiliation⁴⁶⁷.

Dans ce contexte, la modification unilatérale du contrat pourrait-elle également être contestée par un tiers ? Pour l'heure, le Conseil d'État admet uniquement que lorsqu'une partie conteste une mesure d'exécution autre qu'une résiliation, telle qu'une modification, le juge du contrat peut rechercher si cette mesure est intervenue dans des conditions de nature à ouvrir droit à indemnité⁴⁶⁸. Ce principe laisse peu d'espoir aux tiers de demander l'annulation d'une mesure de modification unilatérale. Mais dès lors qu'une mesure de modification – unilatérale ou conventionnelle – impacte le contrat⁴⁶⁹, qui n'apparaît plus en sa forme initiale, il est soutenable d'envisager que les tiers puissent alors s'y opposer. Dans ce cas, il pourrait être estimé que le caractère unilatéral d'une modification entraîne la compétence du juge de l'excès de pouvoir. La solution serait d'autant plus justifiée qu'une modification du contrat présente le risque d'en faire apparaître un nouveau. Un contrôle juridictionnel à l'initiative des tiers serait donc bienvenu. C'est d'ailleurs pour cette raison que le juge administratif, tout comme le juge européen, ont veillé à opérer une distinction des modifications du contrat. Ils différencient celles qui peuvent simplement intervenir par dispositions contractuelles supplémentaires (par avenant), de celles qui entraînent en réalité l'apparition d'un nouveau contrat⁴⁷⁰. Pourtant, si le changement des conditions d'exécution du contrat ne conduit pas toujours à la naissance d'un nouveau contrat, au sens de la jurisprudence administrative et européenne, et aujourd'hui des nouvelles dispositions

⁴⁶⁶ TA Versailles, 7 décembre 2018, *SARL Le domaine du bois fresnais et SARL Île-de-France Promotion*, n° 1504770 ; concl. N. BOUKHELOUA, *JCP A* 2017 p. 2143 ; N. BOUKHELOUA, *DA* 2019 comm. 5 ; J. DIETENHOEFFER, *Contrats-Marchés publ.* 2019 comm. 101.

⁴⁶⁷ TA Bordeaux, 8 février 2021, *Commune de Langon*, n° 1900982 ; concl. F. BÉROUJON, *JCP A* 2021 p. 2147.

⁴⁶⁸ CE, 15 novembre 2017, *Société Les Fils de Mme Géraud*, n°402794 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2018 comm. 19.

⁴⁶⁹ Les mesures de modification « ont ceci de commun avec les mesures de résiliation qu'elles ne laissent pas le contrat intact » (concl. E. CORTOT-BOUCHER sur CE, Sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, *RFDA* 2011 p. 507).

⁴⁷⁰ En ce qui concerne le juge administratif : CE, 28 juillet 1995, *Préfet de la Région Ile-de-France c./ Société de gérance La Jeanne d'Arc, Lebon* p. 321 ; concl. S. FRATTACCI, *RDP* 1996 p. 569 ; CE, 8 mars 1996, *Commune de Petit-Bourg*, n°165075 ; F. LLORENS et P. TERNEYRE, *RDI* 1996 p. 318 ; CE, Sect., 11 juillet 2008, *Ville de Paris c./ Société Clear Channel France, Lebon* p. 270 ; concl. N. BOULOUIS, *BJCP* 2008 p. 361 ; J.-P. JOUGUELET, *ACCP* 80/2008 p. 19 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2008 comm. 187. En ce qui concerne le juge européen : CJCE, 19 juin 2008, *Presstext Nachrichtenagentur*, aff. C-454/06 ; J.-D. DREYFUS, *AJDA* 2008 p. 2008 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, *Contrats-Marchés publ.* 2008 repère 9 ; R. NOGUELLOU, *DA* 2008 comm. 132 ; W. ZIMMER, *Contrats-Marchés publ.* 2008 comm. 186.

applicables⁴⁷¹, il peut en revanche s'y apparenter. Surtout, la modification d'un contrat est susceptible d'intéresser les tiers, voire de les léser, sans nécessairement revêtir un caractère novatoire. On peut tout à fait concevoir qu'ils puissent bénéficier d'une voie de recours contre ladite mesure. Reste à savoir devant quel juge.

La tendance actuelle guiderait assez logiquement le contentieux des mesures de modification du contrat vers le juge de plein contentieux. La décision *Association Trans'Cub*⁴⁷² du 20 novembre 2020 a en effet ouvert le recours « Tarn-et-Garonne » aux avenants conclus après le 4 avril 2014, autrement dit aux modifications conventionnelles. Le Conseil d'État pourrait ainsi aligner le régime des modifications unilatérales sur celui des modifications conventionnelles. L'office du juge du contrat devrait cependant être assorti de quelques adaptations telles que celles auxquelles le Conseil d'État a procédé dans l'arrêt *Transmanche*⁴⁷³. Dans ce cas, une nouvelle voie de recours s'ajouterait encore au contentieux contractuel, au détriment de l'uniformisation recherchée. *A contrario*, une volonté d'harmonisation du régime des actes postérieurs à la signature (exception faite du refus de résilier le contrat) pourrait favoriser l'ouverture aux tiers du recours en excès de pouvoir contre la modification du contrat administratif.

Ce qu'il faut retenir de cette liste brève, mais non exhaustive, c'est le risque de perturber la stabilité du contrat administratif. Quand bien même le maintien du recours en excès de pouvoir à l'encontre de certains actes périphériques se justifierait par la distance entre ces derniers et le contrat, cela ne renforcerait pas la sécurité juridique. À moins peut-être de

⁴⁷¹ Les solutions jurisprudentielles précitées sont aujourd'hui notamment codifiées aux articles R. 2194-7 et R. 3135-7 du Code de la commande publique, issus des articles 139 et 140 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics et des articles 36 et 37 du décret n° 2016-86 relatif aux contrats de concession.

⁴⁷² CE, 20 novembre 2020, *Association Trans'Cub*, n° 42815, *Lebon T* p. 842 ; J.-D. DREYFUS et A. BERGEAUD, *AJCT* 2021 p. 92 ; G. ECKERT, *Contrats-Marchés publ.* 2021 comm. 62 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2020 act. 674 ; S. HUL, *JCP A* 2021 p. 2020 ; J. MARTIN, G. PELLISSIER et N. GABAYET, *JCP A* 2021 p. 2036. Ainsi que certains auteurs l'avaient anticipé : « Ni les tiers, ni les parties, ne peuvent exercer d'action en rétablissement de l'état antérieur du contrat. Ce n'est pas plus évident lorsque l'acte modificatif est contractuel. Sans doute pourrait-on envisager qu'un acte modificatif contractuel (ex. un avenant) puisse faire l'objet d'un recours en contestation de la validité du contrat, la jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne* s'appliquant à tout contrat administratif. » (H. HOEPFFNER, « La modification des contrats », *RFDA* 2016 p. 280).

⁴⁷³ CE Sect., 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (SMPAT)*, n° 398445, *Lebon* p. 209 ; concl. G. PELLISSIER, *RFDA* 2017 p. 937 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2017 act. 487 ; J.-L. HECKENROTH, *Contrats-Marchés publ.* 2017 pratique 11 ; S. HUL, *AJCT* 2017 p. 455 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, *Contrats-Marchés publ.* 2017 repère 8 ; J. MARTIN, *JCP A* 2017 chron. 2195 ; M.-C. DE MONTECLER, *AJDA* 2017 p.1359 ; G. ODINET et S. ROUSSEL, *ibid.* p. 1669 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2017 comm. 249.

limiter les moyens invocables à l'encontre de ces actes aux seuls vices qui leur sont propres. Néanmoins, pour qu'une telle configuration bénéficie à la stabilité des relations contractuelles, il doit exister une étanchéité parfaite entre les actes en cause et le contrat administratif. Or, il est malaisé d'affirmer que l'annulation d'un acte périphérique, même en raison d'une illégalité qui lui est intrinsèque, est sans impact sur le contrat. Disparue de l'ordonnancement juridique, la délibération se prononçant sur le principe d'une délégation de service public prive cette dernière de base légale. On ne peut avoir la faiblesse de penser que les actes qui gravitent autour du contrat, même à une certaine distance, sont dépourvus de liens avec celui-ci.

La menace qui plane sur la sécurité juridique du contrat est donc en partie imputable à l'imprévisibilité de l'avenir de certains actes satellites. Dans ces conditions, il semble difficile d'assurer une pleine et entière stabilité aux relations contractuelles. Pour autant, l'absence de précision de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*⁴⁷⁴ n'est pas la seule responsable de cette insécurité. Il apparaît que certaines décisions prises par le Conseil d'État sont tout aussi déstabilisatrices.

B/ L'instabilité persistante des relations contractuelles

La répartition ultérieure à la décision *Tarn-et-Garonne*⁴⁷⁵ des actes susceptibles d'être ou non attaques devant le juge du contrat est contestable en ce qu'elle menace potentiellement la sécurité des relations contractuelles. Il en va ainsi du maintien de l'acte d'approbation dans le champ de l'excès de pouvoir (1) et de l'intégration du refus de résiliation du contrat administratif au sein du plein contentieux (2).

1. Le recours en excès de pouvoir contre l'acte d'approbation

A priori, la répartition contentieuse des actes adjacents au contrat, opérée expressément pour un certain nombre d'entre eux, suit une implacable logique. Qu'il s'agisse de soumettre l'appréciation de la légalité de l'acte au juge du contrat ou au juge de l'excès de pouvoir, l'objectif est clairement assumé : assurer la sécurité du contrat administratif, tout en

⁴⁷⁴ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁴⁷⁵ *Ibid.*

respectant la nature de l'acte en cause. Le but semble d'ailleurs avoir été atteint. Mais en réalité, la jurisprudence mise en place après l'arrêt *Tarn-et-Garonne*⁴⁷⁶ souffre d'imperfections importantes.

Le maintien de la décision d'approbation dans le champ de compétence du juge de la légalité⁴⁷⁷ en est le premier exemple. L'approbation d'un contrat administratif n'est pas un acte intégré dans la phase préparatoire de la convention, ce qui justifie que son sort dépende du juge de l'excès de pouvoir. Pour autant, on ne saurait affirmer qu'il répond à tous les standards des mesures d'exécution. Car en réalité, l'acte d'approbation se situe entre la phase préparatoire et exécutoire du contrat. Il permet à ce dernier de produire ses effets. Cette ambivalence rend alors moins évidente la solution apportée par le Conseil d'État dans son arrêt *ASSECO-CFDT du Languedoc-Roussillon*⁴⁷⁸. Elle explique qu'en dépit des précautions prises au niveau de l'intérêt à agir et des moyens invocables⁴⁷⁹, le recours contre la décision d'approbation n'est pas toujours sans conséquence sur le contrat administratif⁴⁸⁰. Autrement dit, l'annulation de l'acte préparatoire paralyse l'exécution du contrat administratif. La neutralisation du contrat administratif suscite nécessairement des interrogations relatives à ses conséquences sur l'intérêt général. Cette inquiétude est renforcée par l'éventuelle intervention successive de deux autres juges, dont il n'est plus nécessaire de rappeler les inconvénients qu'elle engendre.

En principe, l'annulation de l'acte d'approbation ne devrait plus entraîner celle du contrat administratif. L'hypothèse a pu être observée en excès de pouvoir, mais à une époque où les motifs de la nullité de la décision d'approbation étaient tirés du contrat lui-même⁴⁸¹. Or, aujourd'hui seuls les vices propres à l'acte d'approbation peuvent être invoqués devant le

⁴⁷⁶ *Ibid.*

⁴⁷⁷ CE, 23 décembre 2016, *ASSECO-CFDT du Languedoc-Roussillon et association ATTAC Montpellier*, préc.

⁴⁷⁸ *Ibid.*

⁴⁷⁹ « [L]es tiers qui se prévalent d'intérêts auxquels l'exécution du contrat est de nature à porter une atteinte directe et certaine sont recevables à contester devant le juge de l'excès de pouvoir la légalité de l'acte administratif portant approbation du contrat ; qu'ils ne peuvent toutefois soulever, dans le cadre d'un tel recours, que des moyens tirés de vices propres à l'acte d'approbation, et non des moyens relatifs au contrat lui-même [...] » (*Ibid.*).

⁴⁸⁰ « [M]aintenir la possibilité d'annuler pour excès de pouvoir les actes d'approbation du contrat présente le risque de fragiliser le lien contractuel dans la mesure où son annulation n'est pas nécessairement neutre quant à la pérennité du contrat. » (J. BOUSQUET, « La pérennité de la théorie des actes détachables du contrat administratif : l'exemple de la décision d'approbation », *DA* 2017 comm. 14, préc.).

⁴⁸¹ CE, 1^{er} octobre 1993, *Société Le yacht-club international de Bormes-les-Mimosas*, Lebon p. 874 ; concl. M. POUCHARD, *AJDA* 1993 p. 810 ; B. PACTEAU, *RFDA* 1994 p. 248.

juge de l'excès de pouvoir⁴⁸². De telles irrégularités ne contaminent évidemment pas le contrat administratif. En revanche, elles conduisent parfois à l'annulation de la décision d'approbation⁴⁸³ et donc à la neutralisation des effets du contrat. Quand bien même le vice s'avère sans réelle incidence, le simple fait de contester l'acte conditionnant l'exécution du contrat représente forcément une menace pour la stabilité de celui-ci. En effet, la logique binaire dans laquelle est enfermé le juge de l'excès de pouvoir ne laisse pas toujours de place à des solutions alternatives en cas d'irrégularité affectant la décision d'approbation. Autrement dit, si l'approbation du contrat est viciée, il y a de sérieuses chances qu'elle soit annulée et que les relations contractuelles soient provisoirement déstabilisées. La plus grande facilité avec laquelle il est possible de perturber l'exécution du contrat par ce biais risque d'inciter les tiers à profiter de cette « session de rattrapage » dès que l'occasion se présente.

La sécurité du contrat administratif pourrait être davantage menacée lorsque la contestation de son approbation, même enfermée dans le délai de deux mois spécifique au recours en excès de pouvoir, intervient bien après sa signature. Il n'est pas rare en effet de voir l'autorité compétente approuver le contrat administratif plusieurs mois suivant sa conclusion⁴⁸⁴. Il en irait de même dans l'hypothèse où un nouvel acte d'approbation serait pris, en bonne et due forme, des semaines après son annulation. Aussi minime soit-il, le risque encouru pour la stabilité du contrat administratif en raison de la contestation de son éventuel acte d'approbation est difficilement tolérable. La politique instaurée par le Conseil d'État depuis la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*⁴⁸⁵ a pour objectif de protéger le contrat administratif, en le confiant au juge de plein contentieux. Dès lors, le concours résiduel du juge de l'excès de pouvoir dans le contentieux des actes gravitant autour du contrat ne doit pas menacer ce dernier. Auquel cas, il faut s'interroger sur la possibilité de charger le juge du contrat d'apprécier la légalité de l'acte en cause et de décider des conséquences de son

⁴⁸² CE, 23 décembre 2016, *ASSECO-CFDT du Languedoc-Roussillon et association ATTAC Montpellier*, préc.

⁴⁸³ « Il n'est pas exclu qu'un vice propre entachant une décision d'approbation conduise le juge à prononcer son annulation malgré les verrous prévus par la jurisprudence *Danthony* [...] » (J. BOUSQUET, « La pérennité de la théorie des actes détachables du contrat administratif : l'exemple de la décision d'approbation », préc.).

⁴⁸⁴ « Les tiers justifiant d'un intérêt lésé suffisamment direct et certain par les effets juridiques du contrat auront en effet deux mois pour contester la décision d'approbation du contrat qui peut intervenir plusieurs mois après la signature du contrat. » (*Ibid.*).

⁴⁸⁵ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

illégalité sur le contrat administratif. Et encore, l'intervention du juge du contrat n'est pas toujours gage de stabilité des relations contractuelles. Le recours en contestation du refus de résilier le contrat administratif en est un parfait exemple.

2. *Le recours de plein contentieux contre le refus de résiliation*

Le refus de prononcer unilatéralement la résiliation du contrat figure aujourd'hui parmi les actes attaquables devant le juge de plein contentieux. Toutefois la contestation d'une telle décision passe en réalité par le biais d'un recours indépendant du recours « Tarn-et-Garonne »⁴⁸⁶. Il est vrai que les points communs aux deux voies de recours laissent envisager que ce dernier englobe le recours contre le refus de résiliation. « Mais là s'arrêtent, pour l'essentiel, les ressemblances »⁴⁸⁷. Le Conseil d'État a en effet créé un recours spécialement consacré au refus de résilier le contrat. Au-delà de la singularité, certes discutable, des modalités de sa mise en œuvre, qu'il s'agisse notamment des moyens invocables à son encontre⁴⁸⁸ ou éventuellement, de l'appréciation par le juge de l'intérêt à agir des requérants⁴⁸⁹, l'objet du recours se distingue de celui inhérent à la demande en annulation du contrat administratif. L'action en contestation de la décision de refus de

⁴⁸⁶ « La contestation du refus de résiliation qui aura été opposé au tiers ne sera que le vecteur de conclusions qui tendront à ce que le juge du contrat, juge de pleine juridiction qui dispose de ce pouvoir, prononce la résiliation du contrat. [...] Nous dirons donc, [...] que le cœur de l'office du juge est ici de se prononcer sur le point de savoir si les relations contractuelles doivent ou non se poursuivre. » (G. PELLISSIER, *Concl. sur CE Sect.*, 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (SMPAT)*, *RFDA* 2017 p. 937).

⁴⁸⁷ F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Le recours en résiliation du contrat ouvert aux tiers », *Contrats-Marchés publ.* 2017 repère 8.

⁴⁸⁸ « Considérant que les tiers ne peuvent utilement soulever, à l'appui de leurs conclusions tendant à ce qu'il soit mis fin à l'exécution du contrat, que des moyens tirés de ce que la personne publique contractante était tenue de mettre fin à son exécution du fait de dispositions législatives applicables aux contrats en cours, de ce que le contrat est entaché d'irrégularités qui sont de nature à faire obstacle à la poursuite de son exécution et que le juge devrait relever d'office ou encore de ce que la poursuite de l'exécution du contrat est manifestement contraire à l'intérêt général ; qu'à cet égard, les requérants peuvent se prévaloir d'inexécutions d'obligations contractuelles qui, par leur gravité, compromettent manifestement l'intérêt général ; qu'en revanche, ils ne peuvent se prévaloir d'aucune autre irrégularité, notamment pas celles tenant aux conditions et formes dans lesquelles la décision de refus a été prise [...]. » (CE Sect., 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (SMPAT)*, *Lebon* p. 209 ; concl. G. PELLISSIER, *RFDA* 2017 p. 937 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2017 act. 487 ; J.-L. HECKENROTH, *Contrats-Marchés publ.* 2017 pratique 11 ; S. HUL, *AJCT* 2017 p. 455 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, *Contrats-Marchés publ.* 2017 repère 8 ; J. MARTIN, *JCP A* 2017 chron. 2195 ; M.-C. DE MONTECLER, *AJDA* 2017 p.1359 ; G. ODINET et S. ROUSSEL, *ibid.* p. 1669 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2017 comm. 249).

⁴⁸⁹ « Reste à savoir si les catégories de requérants recevables peuvent être les mêmes dans l'ensemble de ces recours, et si l'appréciation de l'intérêt à agir dans un recours peut être décliné dans un autre. » (J. MARTIN, « Un nouveau recours en résiliation du contrat au bénéfice des tiers. Une pierre supplémentaire dans l'édifice de recomposition du contentieux contractuel », *JCP A* 2017 chron. 2195).

résiliation vise en effet à s'opposer à la poursuite de l'exécution du contrat, une fois fermé le recours en annulation du contrat administratif. Là où ce dernier est ouvert durant les premiers jours de l'exécution du contrat, à savoir pendant les deux mois suivants sa conclusion, le recours « Transmanche » est permis pendant toute la vie du contrat. Pour l'engager, il suffit de demander à l'administration de résilier le contrat, à n'importe quel moment de son exécution. En principe, la requête suscitera alors un refus de la part de la personne publique. Cette décision pourra ainsi faire l'objet d'une contestation devant le juge du contrat.

Certes, le recours « Transmanche » est vraisemblablement ouvert dans les deux mois suivant la décision refusant de prononcer la résiliation du contrat⁴⁹⁰, à moins que celle-ci ne soit considérée comme l'équivalent d'une mesure d'exécution⁴⁹¹. En tout état de cause, aucune limite temporelle n'est fixée à la possibilité que possèdent les tiers de demander à l'administration la résiliation de la convention. Il peut d'ailleurs sembler parfaitement fondé que les administrés puissent exiger sa résiliation à tout moment. À l'évidence, les tiers sont invités à jouer un rôle dans l'appréciation de l'opportunité de continuer à exécuter un contrat. Or, il est impossible d'anticiper la survenance d'événements susceptibles de bouleverser le contrat, au point de compromettre la poursuite de son exécution. De ce fait, on ne peut enfermer dans un délai la possibilité de contester la mise en œuvre du contrat. Cependant, dès lors que les tiers peuvent exercer une telle action à n'importe quel stade de la vie du contrat, ils détiennent *a fortiori* le pouvoir de perturber les relations contractuelles, sans limite temporelle. Ainsi coexiste, au côté du recours en annulation du contrat, un recours contre le refus de mettre fin à son exécution, lequel permet en réalité aux tiers de remettre indéfiniment en cause la convention. Qu'il s'agisse pourtant de contester la conclusion du contrat, ou plus subtilement la poursuite de son exécution, le but recherché est le même : mettre un terme au contrat. Dans ces conditions, le recours « Transmanche » peut tout à fait se percevoir comme une épreuve de rattrapage pour le requérant qui aurait échoué à faire tomber le contrat dans le cadre d'un recours « Tarn-et-Garonne ».

⁴⁹⁰ Art. R. 421-1 CJA : « La juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée ».

⁴⁹¹ Art. R. 421-1 al. 3 CJA : « Le délai prévu au premier alinéa n'est pas applicable à la contestation des mesures prises pour l'exécution d'un contrat ».

Les conditions requises pour contester le refus de résilier le contrat n'évitent pas le problème. Le Conseil d'État a effectivement pris conscience de l'accès facilité au contrat administratif offert aux tiers en raison de l'ouverture du recours en excès de pouvoir contre le refus de résiliation. C'est pourquoi il a jugé opportun de procéder à son transfert dans l'office du juge de plein contentieux⁴⁹². Néanmoins, le juge administratif suprême n'en a pas pour autant empêché les tiers de venir perturber à leur guise la bonne exécution du contrat, au détriment de la stabilité des relations contractuelles, et plus largement de la sécurité juridique. Celui qui découvre l'existence d'un contrat administratif plus de deux mois après sa conclusion, ou encore celui qui a échoué à obtenir son annulation ou sa résiliation ; bref, celui à qui le recours « Tarn-et-Garonne » est fermé peut encore emprunter une sortie de secours qui lui est accessible indéfiniment. Il lui suffit alors de saisir l'occasion qu'il estimera la plus favorable pour perturber l'exécution du contrat.

En résumé, malgré les évolutions profondes du recours en résiliation, l'absence d'un délai encadrant cette voie d'action risque fort d'encourager les tiers qui s'estiment lésés par l'existence d'une convention à la remettre en cause de manière totalement imprévisible, au détriment de l'intérêt général. On peut craindre que l'objectif principal ait donc été manqué. N'importe quel juriste soucieux de la stabilité des relations contractuelles pourrait toutefois se réjouir de ne pas observer, pour le moment, la lacune congénitale de la décision *Transmanche*⁴⁹³ s'étendre à d'autres mesures d'exécution⁴⁹⁴. Néanmoins, si ces dernières s'avèrent finalement contestables par les tiers, par le biais d'une voie d'action inspirée de ce « recours en résiliation *bis* », le contrat administratif ne sera pas davantage stabilisé. Il en irait de même dans l'hypothèse où certains actes d'exécution seraient attaquables devant le juge de l'excès de pouvoir. Dans ce cas, la stabilité du contrat en serait d'autant menacée que les mesures d'exécution ne font pas l'objet de publication faisant courir le délai de deux mois pendant lequel il est possible d'intenter un recours en excès de pouvoir. En l'absence

⁴⁹² *Ibid.* ; « Domine en effet la volonté d'éviter que le recours en résiliation du contrat ne fasse office de doublon ou de session de rattrapage du recours en contestation de sa validité. » (F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Le nouveau recours en résiliation du contrat ouvert aux tiers », *Contrats-Marchés publ.* 2017 repère 8).

⁴⁹³ CE Sect., 30 juin 2017, *SMPAT*, préc.

⁴⁹⁴ Le risque est pourtant présent au regard de certaines prises de position des juges du fond : v. *infra*. p. 381 et s.

de prise de position du Conseil d'État⁴⁹⁵, le sort des actes d'exécution demeure pourtant incertain, tout comme celui des contrats auxquels ils se rattachent.

Au-delà de l'instabilité contractuelle résultant à la fois du silence du Conseil d'État ou de ses prises de position, on remarque une certaine fragilité théorique dans la répartition contentieuse des actes attaquables par les tiers au contrat administratif.

§ 2. UNE REDÉFINITION RUDIMENTAIRE

Les fragilités inhérentes à la redéfinition des actes attaquables par les tiers au sein du contentieux contractuel administratif trouvent leurs origines dans les considérations d'opportunité qui ont guidé le Conseil d'État. Les solutions rendues par celui-ci ont en effet été adoptées au gré des affaires qui se sont présentées à lui, le conduisant à s'interroger sur l'intégration des actes contestés dans le plein contentieux ou sur leur maintien dans le champ d'application de l'excès de pouvoir. Il en résulte ainsi une importante hétérogénéité au sein de la catégorie des actes attaquables dans le cadre du recours des tiers contre le contrat administratif, comme au sein de celle des actes inattaquables par cette voie d'action (A). Ce phénomène s'explique en raison de l'absence de conceptualisation des actes attaquables et inattaquables devant le juge du contrat, le Conseil d'État n'ayant pas défini les contours de ces notions (B).

A/ Un symptôme : l'éclatement des notions

Les principales notions désignant les différents actes périphériques au contrat sont aujourd'hui éclatées. Qu'il s'agisse des actes précontractuels ou post-contractuels, au sein même de ces catégories, coexistent des actes dont le destin contentieux est parfois opposé. Leur régime est alors disparate et consécutivement, ces notions deviennent hétérogènes.

⁴⁹⁵ « Nous nous sommes donc demandé si vous deviez saisir l'occasion de la présente affaire pour traiter de l'ensemble des recours relatifs aux actes postérieurs à la conclusion du contrat actuellement susceptibles de recours en excès de pouvoir de la part des tiers. À la réflexion, nous ne le pensons pas, car le contentieux de ces actes soulève des questions très différentes de celles que nous avons abordées. » (G. PELLISSIER, Concl. sur CE Sect., 30 juin 2017, *SMPAT*, préc.).

Au mieux, elles sont redivisées en sous-catégories, ce qui n'est pas aller dans le sens d'une volonté de simplification qui semblait pourtant guider le Conseil d'État.

Ainsi, selon le Professeur Jean-François Sestier, parmi les actes précédant la conclusion du contrat, cohabiteraient les actes « purement préparatoires »⁴⁹⁶ et les actes « également préparatoires ». Les premiers s'entendent comme « ceux ayant pour objet exclusif de préparer la passation du contrat »⁴⁹⁷. Ils sont expressément désignés par l'arrêt *Bonhomme*⁴⁹⁸, donc incontestablement attaquables par les tiers en plein contentieux. Quant aux seconds, ils ont « une raison d'être autre que procédurale en lien avec la passation d'un contrat »⁴⁹⁹. C'est le cas des actes pressentis pour rester dans le domaine de compétences du juge de l'excès de pouvoir, comme la délibération approuvant le principe de recourir à une délégation de service public⁵⁰⁰. Or, s'il s'avère que ces actes continuent effectivement d'être contestables en excès de pouvoir – à supposer qu'ils connaissent tous le même destin – la notion d'acte précontractuel deviendra bel et bien hétérogène. Et pour le moment, la jurisprudence traditionnelle en la matière⁵⁰¹ n'a pas été inquiétée. Les actes « également préparatoires »⁵⁰² restent du ressort du juge de la légalité. Au surplus, une autre catégorie d'acte précontractuel est assurément contestable par les tiers en excès de pouvoir : l'acte détachable du contrat de droit privé⁵⁰³.

⁴⁹⁶ J.-F. SESTIER, « De l'arrêt « Tropic » à l'arrêt « Tarn-et-Garonne » : mort et résurrection du recours des tiers, *JCP A* 2014 p. 2152.

⁴⁹⁷ *Ibid.*

⁴⁹⁸ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁴⁹⁹ J.-F. SESTIER, « De l'arrêt « Tropic » à l'arrêt « Tarn-et-Garonne » : mort et résurrection du recours des tiers, préc.

⁵⁰⁰ V. par ex. : S. BRACONNIER, « Le nouveau visage du contentieux des contrats administratifs », préc ; B. DACOSTA, « Table ronde [à propos de l'arrêt CE, Ass. 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*] », préc. ; L. JANICOT et J.-F. LAFAIX, « La nouvelle place du tiers dans le contentieux des contrats administratifs », préc.

⁵⁰¹ CE, 24 novembre 2010, *Association fédération d'action régionale, Lebon T.* 603, 886 ; R. GRAND, *AJDA* 2010 p. 2287.

⁵⁰² J.-F. SESTIER, « De l'arrêt « Tropic » à l'arrêt « Tarn-et-Garonne » : mort et résurrection du recours des tiers, préc.

⁵⁰³ CE, 29 décembre 2014, *Commune d'Uchaux, Lebon p.* 416 ; concl. V. DUMAS, *ibid.* (*Lebon*) ; J.-C. CAR, *L'essentiel droit immo et urb.* mars 2015 p. 6 ; O. DIDRICHE, *AJCT* 2015 p. 218 ; J. M. PASTOR, *AJDA* 2015 p. 4 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2015 comm. 51 ; CE, 27 octobre 2015, *Arrou, Lebon T p.* 756 ; L. ERSTEIN, *JCP G* 2015 p. 1297 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2016 comm. 23 ; CE, 25 janvier 2017, *Association Avenir d'Alet, Lebon T p.* 681 et 752 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2017 act. 94 ; CAA Douai, 22 janvier 2015, *Association Vern'œil, Regroupement des organismes de sauvegarde de l'Oise*, n° 13DA01187, J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2015 comm. 72.

Le phénomène d'éparpillement des notions s'observe également du côté des actes post-contractuels. La décision de refus de résiliation est expressément attaquable par les tiers devant le juge du contrat⁵⁰⁴, mais il n'en va pas nécessairement de même de tous les actes relatifs à l'exécution du contrat. Jusqu'à jurisprudence contraire, l'appréciation de la régularité de la résiliation d'un contrat administratif relève encore du juge de l'excès de pouvoir⁵⁰⁵, bien que certains auteurs demeurent sceptiques quant à la contestabilité de la décision de résiliation par un tiers⁵⁰⁶. De même, le refus de modifier ou de rapporter une convention demeure attaquable en excès de pouvoir⁵⁰⁷, tout comme la désignation de l'emplacement de mobiliers urbains par l'autorité gestionnaire du domaine public⁵⁰⁸. Plus récemment, le Conseil d'État a eu l'occasion de réaffirmer, après l'arrêt *Tarn-et-Garonne*⁵⁰⁹, que le contentieux des décisions d'approbation de certains contrats administratifs relève toujours du juge de la légalité⁵¹⁰. Par ailleurs, d'autres actes post-contractuels empruntent un chemin encore différent du plein contentieux ou de l'excès de pouvoir, car ils sont tout simplement inattaquables par les tiers au contrat administratif⁵¹¹. Les exemples ne manquent pas et sont très divers⁵¹², allant de la sanction⁵¹³ au refus de saisir le juge du

⁵⁰⁴ CE Sect., 30 juin 2017, *SMPAT*, préc.

⁵⁰⁵ CE Ass., 2 février 1987, *Société TV6*, préc. V. encore à propos des décisions de résiliation des conventions médicales : CE, 27 avril 1998, *Confédération des syndicats médicaux français*, *Lebon* p. 180, concl. C. MAUGÜÉ, *RFDA* 1999 p. 97.

⁵⁰⁶ B. DACOSTA, « Table ronde [à propos de l'arrêt CE, Ass. 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*] », préc. ; G. PELLISSIER, concl. sur CE, Sect., 30 juin 2017, *SMPAT*, préc.

⁵⁰⁷ À propos du refus de modifier la convention : CE, 29 avril 1987, *Commune d'Élancourt*, *Lebon* p. 152 ; concl. Y. ROBINEAU, *RFDA* 1987 p. 525 ; X. PRÉTOT, *AJDA* 1987 p. 543. À propos du refus de rapporter la convention : CE, 11 janvier 1984, *Fayard*, *Lebon* p. 4.

⁵⁰⁸ CE, Sect., 9 décembre 1983, *Ville de Paris*, *Lebon* p. 499, concl. B. GENEVOIS.

⁵⁰⁹ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁵¹⁰ CE, 23 décembre 2016, *ASSECO-CFDT du Languedoc-Roussillon et Association ATTAC Montpellier*, préc.

⁵¹¹ « Aucune de ces deux voies de recours ne permet, en outre, de saisir l'ensemble des mesures d'exécution. Demeurent hors de portée de toute contestation par les parties les mesures d'exécution qui touchent aux seules relations contractuelles et ne mettent pas en cause l'existence du contrat, telles que les ordres de service, les sanctions ou encore les actes relatifs à la réception [...]. Quant aux tiers, ils n'ont jamais pu s'en emparer, leur détachabilité n'ayant pas été admise [...]. » (G. ODINET et S. ROUSSEL, « Renovation du contentieux contractuel : travaux de finitions », *AJDA* 2017 p. 1669).

⁵¹² V. par ex., à propos de la réception des travaux : CE, 29 mai 1987, *Coureau*, n°466003 ; RDP 1988 p. 1456 ; à propos de d'un mandat émis au profit du cocontractant : CE, 18 novembre 1991, *Le Chaton*, *Lebon* p. 1144 ; P. TERNEYRE, *Dalloz* 1992 p. 187 ; ou encore, à propos de l'homologation par le préfet d'un accord financier tacite entre les parties : CE, Sect., 14 février 1930, *Compagnie des chemins de fer de la Turbie*, *Lebon* p. 183.

⁵¹³ CE, 28 juin 1957, *Compagnie générale pour l'éclairage et le chauffage*, *Lebon* p. 105 ; CE, 11 octobre 1961, *Commune de Laruns*, *Lebon* p. 561 ; CE 10 juillet 1964, *Société union économique continentale*, *Lebon* p. 398.

contrat d'une action en nullité⁵¹⁴, ou encore jusqu'à l'autorisation d'un conseil municipal de céder des terrains compris dans une zone d'aménagement concerté⁵¹⁵.

Au sein de la catégorie des actes précontractuels comme dans celle des actes d'exécution du contrat administratif, coexistent des mesures tantôt attaquables par les tiers devant le juge du contrat, tantôt contestables devant le juge de l'excès de pouvoir, ou parfois même, immunisés de toute remise en cause par les personnes extérieures aux relations contractuelles. Plus que le contentieux, c'est alors la notion même d'acte préparatoire ou d'acte d'exécution qui revêt un caractère sporadique. Par conséquent, la conceptualisation des actes attaquables ou inattaquables par les tiers devant le juge du contrat s'avère fortement compromise. Il semble en effet périlleux de regrouper sous une même notion une catégorie d'acte qui n'est pas elle-même unifiée.

Pire encore, la compétence du juge peut dans certains cas dépendre du moyen invoqué. Un même acte est susceptible d'être soumis à l'appréciation du juge du contrat ou du juge de l'excès de pouvoir, selon le motif pour lequel il est attaqué. Plus concrètement, certains actes satellites sont contestables en excès de pouvoir, à condition que les moyens invocables à leur encontre se limitent à leurs vices propres. De manière avérée, c'est le cas de la délibération se prononçant sur le principe d'une délégation de service public⁵¹⁶ ou encore de l'acte d'approbation⁵¹⁷. La solution trouverait vraisemblablement à s'appliquer à tous les actes placés dans une situation identique, comme la délibération relative à la création d'une

⁵¹⁴ CE 17 décembre 2008, *Association pour la protection de l'environnement du lunellois, Boissier et Sarazin, Lebon* p. 464 ; concl. B. DACOSTA, *BJCP* 2009 p. 141 ; J.-D. DREYFUS, *AJDA* 2009 p. 542 ; R. NOGUELLOU, *RDI* 2009 p. 246.

⁵¹⁵ CE 19 mars 1997, *Commune de Soisy-sous-Montmorency, Lebon* p. 105 ; *JCP* 1997 IV p. 289.

⁵¹⁶ « [À] l'appui d'un tel recours peuvent être utilement invoqués des moyens relatifs aux vices propres dont cette décision serait entachée ou à la légalité du principe du recours à un délégataire pour la gestion du service ; [...] sont, en revanche, inopérants des moyens relatifs aux caractéristiques et aux modalités de mise en œuvre ultérieure de la délégation ou des prestations que cette délibération n'a pas pour objet d'arrêter définitivement » (CE, 4 juillet 2012, *Association Fédération d'action régionale pour l'environnement, Lebon T.* p. 842 ; G. ECKERT, *Contrats-Marchés publ.* 2012 comm. 286).

⁵¹⁷ « Considérant qu'indépendamment du recours de pleine juridiction dont disposent les tiers à un contrat administratif pour en contester la validité, dans les conditions définies par la décision n° 358994 du 4 avril 2014 du Conseil d'État, statuant au contentieux, les tiers qui se prévalent d'intérêts auxquels l'exécution du contrat est de nature à porter une atteinte directe et certaine sont recevables à contester devant le juge de l'excès de pouvoir la légalité de l'acte administratif portant approbation du contrat ; qu'ils ne peuvent toutefois soulever, dans le cadre d'un tel recours, que des moyens tirés de vices propres à l'acte d'approbation, et non des moyens relatifs au contrat lui-même » (CE, 23 décembre 2016, *ASSECO-CFDT du Languedoc-Roussillon et Association ATTAC Montpellier*, préc.).

zone d'aménagement⁵¹⁸ ou la clause réglementaire, d'autant plus qu'elle est expressément divisible du contrat⁵¹⁹. Il existerait donc une propension à limiter, aux seuls vices propres, les moyens invocables à l'encontre des actes périphériques contestés devant le juge de l'excès de pouvoir. Si cette tendance se confirmait, *a priori*, on ne voit pas comment la remise en cause de ces actes pourrait se répercuter sur le contrat administratif⁵²⁰. Il peut être difficile d'imaginer par exemple que l'annulation d'une délibération sur le principe du recours à une délégation de service public, en raison d'un vice qui lui est intrinsèque, entraîne l'annulation du contrat. Dans ce cas de figure en effet, l'origine du vice ne se trouve pas dans le contrat lui-même, mais ailleurs, dans un acte qui gravite autour. Une telle configuration assure donc une étanchéité parfaite entre le recours en excès de pouvoir et le recours de plein contentieux, excluant par la même occasion le juge de l'exécution. Partant du principe qu'un vice propre à un acte satellite n'a pas d'incidence sur le contrat, il est vain de mobiliser le juge de l'injonction, le cas échéant le juge du contrat, pour lui demander de tirer les conséquences de l'annulation de l'acte sur le contrat (même si aucune ne l'interdit).

Nous avons toutefois déjà affirmé que la croyance selon laquelle, en matière contractuelle, le contentieux de l'excès de pouvoir serait totalement hermétique du plein contentieux nous paraît infondée. Pour cause : l'indépendance entre les deux voies de recours suppose une indépendance entre les actes susceptibles d'être attaqués par les tiers en excès de pouvoir et le contrat administratif. En dépit des arguments relatifs à la distance qui sépare les actes soumis au juge de l'excès de pouvoir du contrat administratif, il n'en est rien. Une seule interrogation suffit à le démontrer : « [c]omment, par exemple, admettre la légalité d'une convention de délégation de service public si le principe même de cette convention n'a pas été accepté ? »⁵²¹.

⁵¹⁸ CE, 8 décembre 2004, *Société Eiffel distribution*, *Lebon T.* p. 804 ; concl. F. SÉNERS, *BJDU* 2005 p. 33.

⁵¹⁹ CE, Sect., 8 avril 2009, *Association Alcaly*, *Lebon* p. 112 ; concl. N. BOUILLOIS, préc. ; O. GUILLAUMONT, *JCP A* 2009 comm. 2215 ; W. ZIMMER, *Contrats-Marchés publ.* 2009 comm. 165.

⁵²⁰ V. à propos de la jurisprudence de 2012, *Association Fédération d'Action régionale pour l'environnement*, limitant les moyens invocables à l'encontre de la décision de recourir à un délégataire : « Si cette jurisprudence était confirmée, cela signifierait que l'annulation d'un tel acte ne pourrait avoir aucune répercussion directe sur le contrat. » (F. BRENET, « L'élargissement du recours Tropic aux tiers justifiant d'un intérêt lésé », *DA* 2014 comm. 36).

⁵²¹ L. JANICOT et J.-F. LAFAIX, « La nouvelle place du tiers dans le contentieux des contrats administratifs », préc.

Si un vice affectant un acte périphérique peut contaminer le contrat administratif, l'illégalité de ce dernier peut-elle réciproquement entraîner celle des actes qui sont adjacents ? En théorie, la réponse est positive, en particulier s'agissant des actes post-contractuels, dont l'existence est conditionnée par celle du contrat, comme les actes d'approbation. Partant de ce constat, rien n'empêche un tiers de remettre en cause un acte périphérique en même temps qu'il contesterait le contrat administratif en raison d'une irrégularité frappant celui-ci⁵²². Ainsi, un même acte serait traité différemment selon le moyen invoqué à son encontre⁵²³. Dans la première hypothèse, le tiers se limite à contester l'acte en raison d'un vice qui lui propre. Il est alors soumis au régime contentieux de l'excès de pouvoir. Dans la seconde hypothèse, le tiers profite de l'occasion où il soulève l'irrégularité du contrat pour remettre également en cause un acte satellite. Ce dernier sera donc assujéti au régime de plein contentieux. Cette séparation des contentieux par le truchement d'un artifice juridique consistant à distinguer les moyens renforce là encore le caractère hétéroclite des notions d'actes attaquables et inattaquables par les tiers dans le cadre d'un recours « Tarn-et-Garonne ».

Bien sûr, il ne s'agit pas seulement ici de dresser la liste des symptômes dont souffrent ces notions. Pour y remédier, encore faut-il en identifier la cause. Cette dernière réside tout simplement dans l'absence de définition d'actes attaquables et inattaquables. Aujourd'hui, qui peut en effet affirmer ce qu'elles contiennent avec certitude, en se référant à un champ lexical délimité avec soin ?

⁵²² V. à propos du contentieux des clauses réglementaires : « [S]i le requérant ne conteste que les clauses réglementaires du contrat, il le fait par la voie du recours pour excès de pouvoir, non par la voie du recours de pleine juridiction [...]. S'il se trompe dans la qualification de son recours, le juge pourra rectifier son erreur en donnant la qualification exacte [...]. Cela signifie-t-il que, s'il conteste le contrat tout entier - ce qui relève du recours de pleine juridiction -, il ne pourrait contester à cette occasion les clauses réglementaires - qui devraient faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir à part ? La solution pourrait se prévaloir d'une implacable logique. Elle serait d'une rigueur pratique inacceptable. » (P. DELVOLVÉ, « De *Martin* à *Bonhomme*. Le nouveau recours des tiers contre les contrats administratifs », *RFDA* 2014 p. 438).

⁵²³ « Le choix du recours pourrait alors dépendre des illégalités susceptibles d'être invoquées [...]. Ainsi les tiers ordinaires et les concurrents évincés semblent pouvoir toujours exercer un recours pour excès de pouvoir au moins contre certains actes détachables du contrat, qui coexisterait avec le recours « Tarn-et-Garonne ». Selon les moyens susceptibles d'être invoqués (vices propres de l'acte détachable ou vices du contrat touchant à son contenu et aux conditions de son adoption), le requérant aurait intérêt à exercer soit un recours pour excès de pouvoir contre l'acte détachable, soit le nouveau recours en contestation de la validité du contrat. La théorie des vices propres, pourtant abandonnée dans le cadre des recours contentieux exercés à l'encontre des délibérations des assemblées des collectivités locales à caractère préparatoire, serait paradoxalement réintroduite en contentieux contractuel. » (L. JANICOT et J.-F. LAFAIX, « La nouvelle place du tiers dans le contentieux des contrats administratifs », préc.).

B/ Une cause : l'absence de définitions

Les difficultés de répartition contentieuse des actes gravitant autour du contrat se comprennent aisément. Elles tiennent à l'utilisation de notions vidées de leur substance. En particulier, l'absence de définition d'acte attaquant et inattaquant par les tiers dans le cadre d'un recours de pleine juridiction conduit parfois les juges à les délimiter de manière hasardeuse. Il en résulte, comme nous l'avons souligné précédemment, une répartition en partie incohérente des actes soumis au contrôle des juges du plein contentieux et de la légalité.

On peut toutefois tenter d'expliquer cette carence intrinsèque à la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*⁵²⁴. La classification actuelle des actes contestables par les tiers devant le juge du contrat trouve son origine dans la volonté du Conseil d'État de supprimer la notion d'acte détachable⁵²⁵. Il a plus précisément cherché à transférer l'intégralité du contentieux des actes détachables dans le champ de compétences du juge du contrat, signant ainsi « l'abandon de la vénérable jurisprudence *Martin* »⁵²⁶. Il faut bien reconnaître que l'idée était séduisante à plus d'un titre. D'une simplicité déconcertante, elle n'en était pas moins redoutablement efficace pour marquer le passage du contrat administratif à une nouvelle ère contentieuse. Le problème étant que la sobriété de cette proposition allait vite se heurter à la complexité de la notion d'acte détachable.

Depuis sa création, car c'est bien de cela dont il s'agit, l'acte détachable est en soi indéfinissable. C'est en réalité une construction juridique, voire une fiction, motivée par l'opportunité d'ouvrir aux justiciables un accès au juge administratif⁵²⁷ ; le cas échéant d'ouvrir aux tiers un accès au juge du contrat. Comme en témoigne les conclusions du

⁵²⁴ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁵²⁵ « [L]'évolution jurisprudentielle que nous envisageons ne sera une source de simplification que si elle signe la mort de l'acte détachable du contrat administratif [...] » (B. DACOSTA, Concl. sur CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.). « La conviction était qu'il fallait tuer l'acte détachable. » (B. DACOSTA, Table ronde [à propos de l'arrêt *Tarn-et-Garonne*], préc.).

⁵²⁶ B. DACOSTA, Concl. sur CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁵²⁷ « C'est une des manifestations de la tendance générale, analytique, de notre jurisprudence administrative, appliquant dans des domaines multiples et divers la notion de détachabilité. Cette tendance permet de former tel recours qui seraient impossibles si tels actes visés étaient considérés comme absorbés par les opérations justiciables d'autres contentieux ou soustraites à tout recours contentieux – dont ils font partie [...] » (R.-E. CHARLIER, note sous CE, 7 janvier 1944, *Lecoq*, JCP 1944 II. 2663). V. également : C.-A. COLLARD, « La notion d'acte détachable et son rôle dans la jurisprudence du Conseil d'État », in *Mélanges Mestre*, Sirey, 1956, p. 115.

commissaire du gouvernement Romieu sur la jurisprudence *Martin*⁵²⁸, incorporer au contrat administratif les actes ayant concouru à sa formation pouvait « dans certains cas, aboutir à de véritables dénis de justice »⁵²⁹. La théorie de l'incorporation n'avait en effet d'autre objectif que de préserver les droits acquis par les parties au contrat, au prix d'une fermeture de l'accès des tiers au juge de l'excès de pouvoir⁵³⁰. Ainsi le Conseil d'État a-t-il jugé opportun de leur ouvrir le prétoire du juge de la légalité, en actionnant le mécanisme de la détachabilité⁵³¹. Il serait donc plus juste de qualifier l'acte satellite soumis au juge de l'excès de pouvoir d'acte *détaché*, résultat d'une démarche, plutôt que d'acte détachable, qualificatif renvoyant à la nature même de l'acte. Un acte n'est pas en soi détachable, il est en revanche jugé comme tel. Autrement dit, en tant que tel, l'acte *détachable* est sans réelle existence. Il désigne avant tout un acte qu'on juge opportun de rendre contestable par les tiers, nonobstant sa nature. C'est la raison pour laquelle parmi les actes détachables, on retrouve la grande majorité des actes gravitant autour du contrat, aussi bien des actes précontractuels que des actes d'exécution du contrat, dont on pourrait cependant douter de l'indépendance avec le contrat administratif.

Face à une telle diversité d'actes détachables, la notion est impossible à délimiter et souffre d'absence de définition⁵³², d'autant plus qu'un même acte peut être détachable ou non selon la qualité du requérant – tiers ou partie – qui le conteste ou au gré des circonstances⁵³³. Il en résulte que le transfert intégral du contentieux des actes détachables, de l'excès de pouvoir vers le plein contentieux, a montré ses limites dès l'instant où l'idée

⁵²⁸ CE, 4 août 1905, *Martin*, préc.

⁵²⁹ Concl. J. ROMIEU sur CE, 4 août 1905, *Martin*, H. DE GAUDEMAR et D. MONGOIN, *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, Vol. 1, LGDJ, 2015, p. 262.

⁵³⁰ « La théorie [de l'incorporation], on le voit, procède d'une pensée très exacte et fort louable, mais a une portée singulièrement restrictive des droits des citoyens [...]. » (*Ibid.*).

⁵³¹ « La solution que nous vous proposons concilie donc d'une manière complète le respect des compétences et des droits acquis aux cocontractants avec le droit d'être jugé pour le citoyen qui, usant légitimement des garanties que la loi a entendu lui conférer, défère les illégalités administratives à la justice et saisit régulièrement le juge de l'excès de pouvoir. » (*Ibid.*).

⁵³² V. en ce sens : L. JANICOT, « Réflexions sur la théorie de l'acte détachable dans le contentieux contractuel », *RDP* 2011 p. 347.

⁵³³ « Rattachabilité et détachabilité sont deux inventions doctrinales créatrices qui participent d'une parfaite antithèse. L'une unifie, l'autre sépare, l'une décloisonne, l'autre isole. L'une recompose, l'autre décompose au gré des circonstances concrètes. C'est un art doctrinal qui prend son haut vol en fonction d'un type de problème que les cadres pesants du droit complexifient ou alors peut-être est-ce un élément d'une fiction profonde du droit. » (G. DARCY, « Variations sur l'acte détachable du contrat », in *Mélanges Guibal*, Université Montpellier I, 2006, p. 503).

même a été envisagée⁵³⁴. Certains actes périphériques au contrat administratif se sont avérés, à tort ou à raison, incompatibles avec le recours de pleine juridiction. Ce sont tous ceux encore aujourd'hui soumis au contrôle du juge de l'excès de pouvoir, comme la clause réglementaire⁵³⁵ ou la décision d'approbation⁵³⁶ par exemple. La superposition de la notion d'acte détachable, indéfinie, avec celle d'acte attaquant devant le juge du contrat, souffrant de la même pathologie, reste donc difficilement concevable.

L'erreur imputable au Conseil d'État au moment de la répartition des actes satellites est d'avoir ignoré la nature profonde de chacun d'eux. De ce point de vue, l'opération consistant à séparer les contentieux à travers le prisme des moyens invocables est l'illustration parfaite d'un besoin de définir les actes attaquant en fonction de leur nature. On sait par exemple que les actes d'approbation sont contestables en excès de pouvoir qu'à la condition que soit invoqué leurs vices propres⁵³⁷. De prime abord, la solution paraît suivre une implacable logique. L'illégalité d'un acte fondée sur un vice tiré du contrat administratif déporterait le litige devant le juge de pleine juridiction. Mais de deux choses l'une : soit l'acte administratif est suffisamment éloigné du contrat au point d'être indépendant de celui-ci ; soit il est au contraire intimement lié à la convention. Dans le premier cas de figure, l'irrégularité du contrat ne pourrait se répercuter sur l'acte administratif. Réciproquement, la légalité de ce dernier ne peut conditionner celle du contrat administratif. Ainsi, inutile de préciser les vices invocables à l'encontre de l'acte contesté. Il ne peut s'agir que de vices qui lui sont intrinsèques, dans la mesure où il n'entretient pas de rapports particuliers avec le contrat administratif. Dans la seconde hypothèse en revanche, les liens qui unissent l'acte périphérique et le contrat sont propices à une éventuelle contamination du second par le premier et *vice-versa*.

Ainsi s'explique une partie des difficultés soulevées par la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*⁵³⁸. La répartition des actes susceptibles de faire l'objet d'un litige manque parfois

⁵³⁴ V. notamment en ce sens : B. DACOSTA, Concl. sur CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc. ; P. DELVOLVÉ, Note sous CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc. ; D. POUYAUD, « Que reste-t-il du recours pour excès de pouvoir dans le contentieux des contrats », *RFDA* 2015 p. 727.

⁵³⁵ CE, 30 juin 2016, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes* ; P. DEVILLERS, *Contrats-Marchés publ.* 2016 comm. 248.

⁵³⁶ CE, 23 décembre 2016, *ASSECO-CFDT du Languedoc-Roussillon et association ATTAC Montpellier*, préc.

⁵³⁷ *Ibid.*

⁵³⁸ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

de cohérence. Il en résulte les conséquences que l'on connaît sur le contrat administratif, à savoir une remise en cause de sa stabilité et une entrave au bon déroulement de l'action administrative. Pour clarifier le contentieux des contrats administratifs réservé aux tiers, il apparaît essentiel d'en finir avec un certain nombre d'artifices juridiques. La place et le rôle du contrat administratif en seront davantage confortés. Appréhender l'opération contractuelle dans son ensemble est une condition à cette évolution, encore faut-il connaître le contenu exact de ladite opération. Cela implique de passer par une étape incontournable : définir les actes attaquables et inattaquables par les tiers au contrat administratif, en se fondant sur la nature de chacun d'entre eux.

SECTION 2. L'INDISPENSABLE DÉFINITION DES ACTES ATTAQUABLES PAR LES TIERS AU CONTRAT ADMINISTRATIF

La notion d'acte détachable sème aujourd'hui le doute dans la répartition contentieuse des actes susceptibles de se rattacher au contrat administratif. Reposant sur l'aspect matériel des actes administratifs, par définition distincts du contrat, elle finit par aller à l'encontre de leur rôle dans la vie du contrat. Son temps est révolu. L'heure est désormais au dépassement de la notion.

La solution que nous envisageons pour pallier les imperfections étudiées précédemment réside dans la définition et la mise en place d'une typologie des actes attaquables et inattaquables par les tiers au contrat administratif, dans le cadre d'un recours « Tarn-et-Garonne ». De prime abord, cette distinction existe dès lors que de nombreux commentateurs se sont attachés à délimiter le champ d'application de la jurisprudence *Bonhomme*⁵³⁹. Mais rappelons qu'en l'état, cette classification ne repose sur aucune définition. L'effort intellectuel requis pour ériger une telle construction juridique réside dans l'étude de la nature réelle de chacun de ces actes. Seule une prise en considération de la fonction de ces actes nous paraît fournir les éclaircissements nécessaires pour lever toute ambiguïté. Ainsi la nature de certains actes administratifs autrefois qualifiés de détachables révèle leur irrésistible invocabilité par les tiers devant le juge du contrat (§1), tandis qu'une autre partie

⁵³⁹ *Ibid.*

d'entre eux doivent être exclus du recours « Tarn-et-Garonne » (§2). Cela implique notamment de s'interroger sur leur sort, dans la mesure où certains pourraient encore faire l'objet de contestation de la part des tiers, par d'autres moyens.

§1. LES ACTES ATTAQUABLES

La définition de l'acte attaqué par un tiers devant le juge du contrat administratif, que nous proposons aujourd'hui d'adopter, est simple et concise. Il s'agit de regrouper dans cette catégorie l'ensemble des actes précontractuels. Si ces derniers semblent *a priori* facilement identifiables, le nombre conséquent d'actes intéressant le contrat administratif exige d'apporter certaines précisions sur ce que recouvre le terme d'acte précontractuel. Une étude affinée des éléments qui composent cette catégorie permettra en effet d'identifier avec cohérence les actes que peut recouvrir cette notion, dont il ressort de manière assez évidente deux critères cumulatifs : d'une part, l'élément contractuel (**A**) ; d'autre part, l'élément *pré*-contractuel (**B**).

A/ Des actes contractuels

L'acte précontractuel, c'est-à-dire l'acte attaqué par un tiers dans le cadre d'un recours en contestation de la validité du contrat, est avant tout un acte contractuel. Ce caractère contractuel peut relever de l'évidence jusqu'à ce qu'on tente d'en poser la définition. Pour éviter toute ambiguïté, il convient en effet de s'accorder sur la signification de la nature contractuelle d'un acte. Autrement dit, la forme que ce dernier peut revêtir n'est pas déterminante. Elle ne révèle ni nature profonde, ni sa fonction par rapport au contrat. C'est pourquoi on ne saurait ici adopter dans son intégralité la définition posée par le *Trésor de la Langue Française*, selon lequel contractuel renvoie à ce « qui se rapporte à un contrat, qui est stipulé sous la forme d'un contrat »⁵⁴⁰. Pas plus que celle du *Dictionnaire de l'Académie Française*, qualifiant de contractuel « ce qui est établi, stipulé par contrat ; relatif à la signature d'un contrat »⁵⁴¹. Il ne s'agit pourtant pas d'affirmer qu'un acte bilatéral n'a rien de contractuel, mais de préciser qu'on ne peut se contenter d'observer la forme d'un acte pour

⁵⁴⁰ TLFi / atilf.fr

⁵⁴¹ Dictionnaire de l'Académie Française, 9^e éd. : <https://www.cnrtl.fr/definition/academie9/contractuel>

le considérer comme contractuel. Il existe de nombreux actes mixtes⁵⁴², dont la forme reflète leur mode d'expression, mais pas leur véritable nature.

En réalité, l'élément contractuel tel que nous l'envisageons s'apprécie au regard du lien entre l'acte administratif et le contrat. Aussi la notion d'acte détachable ne peut avoir sa place au sein de la typologie proposée. « Ce qui est détachable est, par nature, hybride : connecté à une chose tout en étant physiquement distinct »⁵⁴³. Or, il importe peu que l'acte contractuel soit « physiquement distinct »⁵⁴⁴ du contrat administratif. Dès lors qu'il est « connecté »⁵⁴⁵ à ce dernier, il fait partie de l'ensemble contractuel. C'est pourquoi la régularité de l'un peut dépendre de celle de l'autre. Si un acte détachable est « désolidarisé du contrat [et] ne se confond pas avec lui »⁵⁴⁶, il ne peut qualifier les actes que nous considérons comme contractuels. Pas plus qu'une irrégularité l'entachant ne devrait avoir un impact sur le contrat. Reste donc à savoir si l'acte extracontractuel pourrait être désormais qualifié de détachable.

Quand il n'est pas l'une de ses stipulations, l'acte contractuel est inclus dans la sphère du contrat administratif, de telle sorte qu'il exerce une fonction à un moment donné de son existence. Sur ce point, il est davantage qu'un simple élément périphérique, car il se rattache au contrat. Dans le plus simple des cas de figure, l'acte contractuel est le contrat lui-même. On pense à l'ensemble des clauses du contrat, qu'elles soient ou non divisibles de celui-ci⁵⁴⁷.

⁵⁴² « L'opposition de l'unilatéral et du bilatéral, de la décision et du contrat, semble aussi évidente qu'elle est cardinale : il n'en est rien. D. DE BÉCHILLON et P. TERNEYRE écrivent ainsi : « Les frontières de l'unilatéral et du contractuel ne sont ni très certaines ni très imperméables » (*Contentieux des Contrats administratifs*, in Rép. Cont. adm. Dalloz, t. 1, 2000), comme en témoignent abondamment l'existence d'actes « mixtes » et l'embarras du juge face à la qualification de certains actes [...]. » (P. WACHSMANN, « La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats – Pour le centenaire de l'arrêt Martin », *RFDA* 2006 p. 24).

⁵⁴³ S. DOUTEAUD, « En contentieux des contrats administratifs, la théorie de l'acte détachable est-elle frappée à mort ? », *LPA* 2014 p. 13.

⁵⁴⁴ *Ibid.*

⁵⁴⁵ *Ibid.*

⁵⁴⁶ *Ibid.*

⁵⁴⁷ « Car divisibilité dans le contrat ne signifie pas forcément ineffectivité sur le contrat. » (S. HOURSON, « Un pas en avant, et deux pas de côté – Retour sur l'arrêt Département de Tarn-et-Garonne », *DA* n°4 Avril 2015 ét. 6, à propos des clauses réglementaires).

Les avenants sont aussi indéniablement de nature contractuelle, dans la mesure où ils constituent des contrats dépendants et additionnels⁵⁴⁸, voire nouveaux⁵⁴⁹.

En ce qui concerne les autres actes administratifs, les actes cités expressément par la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*⁵⁵⁰ sont bien évidemment de nature contractuelle : la légalité du choix du cocontractant, la délibération autorisant la signature du contrat ou la décision même de le signer⁵⁵¹. De manière plus générale, on peut y rattacher l'ensemble des actes administratifs inscrits dans la procédure de passation, qu'elle soit ou non formalisée. Ainsi par exemple, du principe de recourir à une délégation de service public ou à un contrat de partenariat, de l'approbation d'une opération d'aménagement ou des « diverses décisions susceptibles d'intervenir dans le cadre des procédures de passation des contrats relevant de la commande publique »⁵⁵². Les actes postérieurs à la signature du contrat administratif sont tout aussi contractuels, puisqu'ils participent, d'une façon ou d'une autre, à son exécution. Il en va ainsi de la décision d'approbation ou de l'ensemble des mesures qui s'imposent au cocontractant de l'administration : résiliation ou refus de résiliation, modification, sanctions, décision fixant les emplacements de mobiliers urbains, etc.

En revanche, les actes administratifs se rattachant à un contrat de droit privé sont exclus du champ d'application de notre définition. Certes leur caractère contractuel n'est pas contestable. La décision de signer un contrat, qu'il soit de droit public ou de droit privé, revêt indéniablement une dimension contractuelle. Mais dès lors que la notion d'acte contractuel n'a de sens que parce qu'elle permet d'identifier un acte se rapportant à un contrat administratif, le cas échéant pour que les tiers puissent contester ce dernier, elle ne peut englober un acte lié à un contrat de droit privé. D'ailleurs, un acte inclus dans la sphère d'un contrat de droit commun conserve-t-il encore une exorbitance comparable à celle des actes rattachés à un contrat administratif ?

⁵⁴⁸ CE, 20 novembre 2020, *Association Trans'Cube*, préc.

⁵⁴⁹ CE, 28 juillet 1995, *Préfet de la Région Ile-de-France c./ Société de gérance La Jeanne d'Arc*, préc. ; CE, 8 mars 1996, *Commune de Petit-Bourg*, préc. ; CE, Sect., 11 juillet 2008, *Ville de Paris c./ Société Clear Channel France*, préc. ; CJCE, 19 juin 2008, *Presstext Nachrichtenagentur*, préc.

⁵⁵⁰ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁵⁵¹ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁵⁵² B. DACOSTA, Concl. sur CE Ass., *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

C'est finalement la catégorie des actes de nature réglementaire qui est la seule à poser quelques difficultés au regard du premier élément de la définition proposée, à savoir les contrats de recrutement d'agent public et les clauses réglementaires. En premier lieu, il paraît délicat d'affirmer le caractère exclusivement contractuel d'un contrat de recrutement d'agent public. Les conclusions du commissaire du gouvernement Jacques-Henri Stahl sur l'affaire *Ville de Lisioux*⁵⁵³ insistaient d'ailleurs sur la prépondérance du caractère réglementaire de ce contrat⁵⁵⁴, conformément aux propos du Président Genevois⁵⁵⁵. De nombreux éléments contenus dans ce contrat particulier renvoient au statut de la fonction publique, comme l'échelle générale des traitements, les modalités d'avancement, les droits à la retraite, etc⁵⁵⁶. Aussi le Conseil d'État a régulièrement l'occasion de rappeler la situation légale et réglementaire dans laquelle se trouvent les agents contractuels⁵⁵⁷. Pour autant, le contrat de recrutement d'agent public peut faire l'objet d'une négociation entre les parties, ce qui tend à relativiser sa dimension réglementaire⁵⁵⁸. Doit-il alors figurer dans la catégorie des actes attaquables par les tiers devant le juge du contrat administratif ?

Si on s'interroge davantage sur la nature, la fonction et les effets de ce contrat administratif singulier, il apparaît qu'il n'a pas sa place au sein du champ d'application du recours « Tarn-et-Garonne ». La raison touche principalement à l'opportunité d'octroyer à des tiers le droit de contester un tel contrat. Un contrat de recrutement d'agent public ne peut intéresser les tiers au même titre qu'un contrat administratif plus classique. Certes il engage des deniers publics, comme tout recrutement de fonctionnaire⁵⁵⁹. Il est en revanche permis de douter que la situation qu'il fait naître concerne autant les tiers – à l'exclusion des

⁵⁵³ CE Sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisioux*, Lebon p. 375 ; concl. J.-H. STAHL, RFDA 1999 p. 128 ; P. BOUTELET, AJFP 1999 p. 4 ; V. HAÏM, JCP II p. 10045 ; D. POUYAUD, RFDA 1999 p. 139 ; F. RAYNAUD et P. FOMBEUR, AJDA 1998 p. 969.

⁵⁵⁴ « [Dans] ces contrats d'engagement des agents publics, l'aspect proprement contractuel est loin d'être prédominant » (J.-H. STAHL, Concl. sur CE Sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisioux*, RFDA 1999 p. 128).

⁵⁵⁵ « [L]aspect proprement contractuel [de ces contrats] est illusoire dans la mesure où le contenu du contrat est le plus souvent prédéterminé par des dispositions réglementaires qui s'imposent aux parties » (concl. B. GENEVOIS sur CE Sect., 25 mai 1979, *Mme Rabut*, Lebon p. 231).

⁵⁵⁶ D. POUYAUD, « La recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les contrats administratifs : une nouvelle avancée », RFDA 1999 p. 139

⁵⁵⁷ V. par ex. : CE, 19 novembre 2018, *Autorité de la Concurrence*, F. MELLERAY, AJDA 2019 p. 301 ; M.-C. DE MONTECLER, *ibid.* 2018 p. 2275 ; AJFP 2019 p. 66.

⁵⁵⁸ G. GLÉNARD, « Les clauses proprement contractuelles du contrat de fonction publique », AJDA 2014 p. 1592.

⁵⁵⁹ D'après l'édition 2019 du Rapport annuel sur l'état de la fonction publique, un agent sur cinq est contractuel (www.fonction-publique.gouv.fr).

candidats n'ayant pas obtenu le poste – qu'un service de ramassage d'ordures ménagères ou que la construction d'un bâtiment. Le caractère partiellement contractuel du contrat de recrutement d'agent public ne suffit donc pas à le classer parmi les actes administratifs attaquables par le biais d'un recours « Tarn-et-Garonne ».

À l'inverse, les clauses réglementaires sont liées aux contrats administratifs. Leur divisibilité ne relève finalement pas de l'évidence. Historiquement, elles ont parfois été considérées comme avant tout contractuelles⁵⁶⁰. Par ailleurs, elles sont réputées contractuelles pour les parties⁵⁶¹, c'est-à-dire contestables devant le juge du contrat⁵⁶². Il faut en déduire que si les clauses réglementaires existent indépendamment du contrat administratif, on observe de nombreuses situations révélant l'étroitesse de leurs liens. Parfois, ces dispositions sont effectives seulement parce qu'il existe un contrat administratif mettant en place un service public. Dans ce cas et réciproquement, le contrat demeure en quelque sorte incomplet en leur absence. Il est ainsi inimaginable d'envisager une délégation de service public de transports en commun sans les clauses de tarifications. Or ces dernières intéressent directement les tiers au contrat, notamment les usagers du service public. Finalement, la façon la plus précise de les qualifier est celle proposée par le Professeur Philippe Teynerne, évoquant des « clauses contractuelles à caractère réglementaire »⁵⁶³. Au regard de l'ensemble de ces éléments, il apparaît que les clauses réglementaires entrent dans la catégorie des actes contractuels tels que nous les avons définis.

Précisons dès à présent qu'à l'instar de l'ensemble des clauses contractuelles, y compris celles issues de la signature d'un avenant, celles à caractère réglementaire sont dispensées du critère temporel proposé pour intégrer les actes attaquables par les tiers devant le juge du contrat administratif. Cela revient en effet à attaquer directement le contrat en raison de

⁵⁶⁰ Le Conseil d'État a pu refuser d'ouvrir le recours en excès de pouvoir contre les clauses réglementaires en raison de leur caractère contractuel (CE Sect., 20 janvier 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, concl. R. DENOIX DE SAINT-MARC, *AJDA* 1979 p. 37 ; CE Ass., 16 avril 1986, *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion et autres*, concl. O. DUTHELLET DE LAMOTHE, *RDP* 1986 p. 847).

⁵⁶¹ CE, 31 mai 1907, *Delplanque, Lebon* p. 513.

⁵⁶² S. HOURSON, « Un pas en avant, et deux pas de côté – Retour sur l'arrêt Département de Tarn-et-Garonne », *DA* n°4 Avril 2015 ét. 6

⁵⁶³ P. TERNEYRE, « Réflexions sur les « clauses à caractère réglementaire » des contrats administratifs à objet de service public », *RFDA* 2011 p. 893. V. également en ce sens : P. WACHSMANN, « La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats », *RFDA* 2006 p. 24. V. dans le sens contraire : L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Tome III, 3^e éd., Éditions de Boccard, 1928, p. 446 ; P. LAROQUE, *Les usagers des services publics industriels*, Thèse, Sirey, 1933, p. 27.

son contenu, de ses stipulations. En dehors de cette hypothèse, pour être contestables par le biais d'un recours « Tarn-et-Garonne », les actes ainsi qualifiés de contractuels doivent également être inclus dans la phase *ante* contractuelle.

B/ Des actes précontractuels

Appartenir à la grande famille des actes contractuels, en dépit de l'évidence du lien avec le contrat administratif, ne suffirait pas pour être contestable par le biais d'un recours « Tarn-et-Garonne ». Il apparaît à notre sens que seuls les actes *pré*-contractuels sont légitimes à faire partie de la catégorie des actes attaquables par les tiers devant le juge du contrat. De prime abord, les contours de cette notion se dessineraient surtout par opposition aux actes post-contractuels. Ces derniers traduisant principalement l'exercice des pouvoirs de l'administration dans la phase d'exécution du contrat, il serait inopportun d'offrir aux tiers l'occasion de les contester.

Au-delà de cette considération, l'acte précontractuel se définit également de manière autonome, en premier lieu comme l'acte appartenant à la phase de formation du contrat administratif. On pense par exemple au choix du cocontractant de l'administration ou à la décision de signer le contrat. Mais il peut également s'agir de l'acte qui va intégrer le contrat, au point de faire partie intégrante de ses clauses. Dans les deux cas, la phase durant laquelle intervient l'acte en question n'est pas nécessairement révélatrice de son caractère précontractuel ou post-contractuel.

Ainsi l'avenant est convenu au moment de l'exécution du contrat administratif, sans effet rétroactif, mais reste indissociable de celui-ci. Certes, on peut s'interroger sur la différence de traitement proposée ici entre cet « accord de volontés additionnel »⁵⁶⁴ et d'autres mesures d'exécution du contrat, dont la mise en œuvre relève de l'administration. L'avenant est une mesure de modification du contrat, laquelle se présente parfois sous la forme d'un acte unilatéral. Il arrive même qu'il serve d'instrument pour matérialiser des ordres de services⁵⁶⁵.

⁵⁶⁴ H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, Thèse, LGDJ, 2009, p. 277.

⁵⁶⁵ O. DIDRICHE, « L'exécution des marchés publics : part respective de l'ordre de service et des avenants », *AJCT* 2015 p. 437.

Cette proximité avec certaines prérogatives de puissance publique⁵⁶⁶ ne devrait-elle pas justifier que l'avenant soit aussi jugé inattaquable par les tiers devant le juge du contrat ? En réalité, la comparaison entre les actes précités trouve rapidement ses limites. « Un véritable avenant est un accord de volontés [additionnel] créateur de droits et d'obligations ayant pour objet de modifier un contrat au cours de son exécution »⁵⁶⁷. De cette définition, il ressort deux éléments complémentaires⁵⁶⁸ de nature à démontrer pourquoi l'avenant doit figurer au nombre des actes attaquables par le biais d'un recours « Tarn-et-Garonne ». D'une part, en tant que tel l'avenant est un contrat administratif. Sur ce point, il paraît difficile de refuser à un tiers la possibilité de le contester devant le juge du contrat. D'autre part, si le caractère additionnel de l'avenant fait *a priori* obstacle à sa contestabilité par les tiers devant le juge du contrat, il mène finalement à la solution contraire. Certes, l'avenant intervient dans la phase d'exécution du contrat administratif. Mais il est plus qu'un acte s'ajoutant au contrat original. L'avenant est un contrat dont les clauses vont remplacer celles du contrat initial, de sorte que ce dernier va l'absorber. Ainsi, l'avenant intègre le contrat de départ pour former un tout indissociable. Autrement dit, l'avenant n'a pas d'autonomie juridique par rapport au contrat initial et n'existe pas indépendamment de celui-ci⁵⁶⁹.

Finalement, au regard de la typologie proposée, l'avenant est dispensé du second critère attribué aux actes attaquables par les tiers devant le juge du contrat. Dépouillé de la forme qu'il revêt (un accord de volontés), il n'en reste que des clauses contractuelles intégrées au premier contrat. En d'autres termes, contester l'avenant revient à contester le contrat initial, contenant de nouvelles stipulations⁵⁷⁰. Plus précisément, cela signifie attaquer les nouvelles clauses du contrat initial. Bien entendu, l'intégration de l'avenant dans le champ d'application de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne* soulève quelques questions relatives au

⁵⁶⁶ V. à propos de la relativité de la distinction entre modification unilatérale et conventionnelle : H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, préc., pp. 590-592.

⁵⁶⁷ H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, préc., p. 278.

⁵⁶⁸ *Ibid.*

⁵⁶⁹ *Ibid.* p. 282 et s.

⁵⁷⁰ À moins que l'avenant constitue en réalité un contrat nouveau. V. notamment : CE Sect., 11 juillet 2008, *Ville de Paris, Lebon* p. 270 ; E. GEFFRAY et S.-J. LIÉBER, *AJDA* 2008 p. 1816 ; G. ORSONI, *RTD com.* 2009 p. 87) contestable par les tiers dans les mêmes conditions que n'importe quel contrat administratif (S. HUL, « Le contentieux des avenants depuis l'arrêt *Tarn-et-Garonne* », *AJCT* 2015 p. 32).

délai de recours auxquelles nous répondront ultérieurement⁵⁷¹. En tout état de cause, les juges du fond, puis le Conseil d'État sont allés dans le sens de notre démonstration⁵⁷².

L'approbation du contrat administratif intervient elle aussi, d'un point de vue matériel, au cours de son exécution. Mais sans pour autant s'incorporer aux stipulations contractuelles, elle se rattache pourtant à la phase *ante* contractuelle. « [A]cte hybride situé à la croisée des chemins entre la conclusion du contrat et son exécution »⁵⁷³, l'approbation du contrat administratif peut sembler appartenir simultanément à la phase de formation et d'exécution. Il est d'autant plus délicat de déterminer sa place dans la vie du contrat lorsqu'on tient compte de la distinction entre condition de validité et condition d'entrée en vigueur du contrat⁵⁷⁴. Certes, le contrat administratif existe indépendamment de son approbation. Pour autant, cette indépendance reste relative. Lorsqu'elle est requise, la décision d'approbation peut être comparée à la signature du contrat. Elle constitue le dernier acte pris avant son exécution. Elle rend le contrat effectif, voire définitif. La formation du contrat administratif entraîne nécessairement l'intention de l'approuver. C'est donc pendant la phase de formation du contrat que son approbation se prépare, ce qui permet de l'identifier aux actes précontractuels. Autrement dit, la nature de la décision d'approbation la fait figurer au rang des actes attaquables par les tiers devant le juge du contrat. Là encore, son intégration dans le recours « Tarn-et-Garonne » exige de mettre en place les garde-fous répondant aux mêmes impératifs de sécurité juridique que ceux actuellement prévus dans le cadre d'un recours en excès de pouvoir⁵⁷⁵.

Outre l'acte d'approbation du contrat, il existe bien d'autres mesures prises après la signature de ce dernier. N'ayant pas le caractère hybride d'une approbation, elles seraient qualifiées sans équivoque de post-contractuelles. C'est tout particulièrement le cas des

⁵⁷¹ V. *infra* p. 386 et s.

⁵⁷² V. à propos de la contestation d'un avenant signé après le 4 avril 2014, alors même que le contrat initial avait été conclu en application de l'ancienne jurisprudence : CAA Douai, 3 mai 2018, *Mme B. c/ Commune de Moyvillers*, n° 15DA01301 ; H. HOEPFFNER, *Contrats-Marchés publ.* 2018 comm. 172. V. encore, à propos de la contestation d'un autre type de contrat conclu dans la phase d'exécution du contrat initial, à savoir le contrat de transaction : CAA Douai, 27 février 2020, *M. D. c/ Communauté d'agglomération Lens-Liévin et Société Territoires 62*, n° 18DA02505 ; M. LAHOVAZI, *AJDA* 2020 p. 2032. CE, 20 novembre 2020, *Association Trans'Cub*, préc.

⁵⁷³ J. BOUSQUET, « La pérennité de la théorie des actes détachables du contrat administratif : l'exemple de la décision d'approbation », *DA* n°3 Mars 2017 comm. 14.

⁵⁷⁴ *Ibid.* ; P. BOURDON, *Le contrat administratif illégal*, Thèse, Dalloz, 2014, pp. 166-168.

⁵⁷⁵ CE, 23 décembre 2016, *ASSECO-CFDT du Languedoc-Roussillon et Association ATTAC Montpellier*, préc.

prérogatives qui s'inscrivent dans le cadre de la phase d'exécution. Mais l'important n'est pas tant le moment de leur intervention que leur nature. L'ensemble des pouvoirs octroyés à la personne publique sont la traduction de l'exorbitance des contrats administratifs⁵⁷⁶. Ils découlent de la fonction de l'administration, responsable de l'intérêt général et du service public. C'est pourquoi on ne saurait mettre en place un système d'ingérence dans lequel les tiers pourraient s'immiscer par le biais d'un recours « Tarn-et-Garonne ». En ce sens, nous définissons aussi les actes attaquables comme des actes uniquement précontractuels, car nous estimons que les actes post-contractuels relèvent de la discrétion de l'administration. Ils ne sont pas de nature à faire l'objet d'une contestation par des tiers. Tout du moins, pas au point de remettre en cause le contrat en cours d'exécution.

De manière plus générale, il apparaît que toute tentative de définition exige de regarder au-delà des contours d'une notion. Aussi est-il toujours gage de pertinence que d'observer la réciproque de l'hypothèse avancée, pour conforter celle-ci. Dans le cas présent, on ne saurait identifier les actes attaquables par les tiers devant le juge du contrat sans étudier également ceux qu'ils ne sont pas.

§2. LES ACTES INATTAQUABLES

Les actes inattaquables par les tiers devant le juge du contrat administratif ne constituent pas une catégorie par défaut au sein de la typologie proposée. Tout comme la nature des actes précédemment étudiés a révélé la nécessité de les intégrer dans le champ d'application du recours « Tarn-et-Garonne », celle des actes inattaquables mènera à la solution inverse. À la différence que parmi ceux-ci, on observe deux sous-catégories indépendantes. Il ne sera donc pas question de faire ici appel à des critères cumulatifs. Ainsi, une partie des actes inattaquables appartiennent à la famille des actes contractuels : les actes post-contractuels (**B**). Les autres actes inattaquables constituent en revanche une catégorie à part entière, les actes extra-contractuels (**A**), lesquels apportent au surplus la preuve que la notion d'acte détachable est bel et bien une fiction juridique dont le sort paraît scellé.

⁵⁷⁶ « [La phase de l'exécution du contrat] est pourtant plus emblématique [que la phase de passation] de la spécificité du contrat administratif. Dominée par les « règles générales » octroyant à l'administration des pouvoirs exorbitants, c'est cette phase [de l'exécution] qui a donné corps à la théorie générale du contrat administratif. » (H. HOEPFFNER, *Droits des contrats administratifs*, préc., p. 474).

A/ Les actes extracontractuels

Par opposition aux actes contractuels remplissant la première condition pour intégrer les actes attaquables par les tiers devant le juge du contrat administratif, les actes extracontractuels sont d'office exclus de cette catégorie. Pour cause : ils ne font pas partie d'un ensemble contractuel administratif. Plus simplement, ce sont des actes certes administratifs, mais qui n'ont rien à voir le contrat. Et ce qui n'intéresse pas ce dernier ne peut être soumis au juge du contrat, ni par les tiers, ni par les parties d'ailleurs.

De ce point de vue, la notion d'acte détachable ne peut connaître un autre destin que celui d'un bannissement du vocabulaire juridique employé en matière de contentieux contractuel administratif. Au sein de cette conception binaire distinguant les actes appartenant à un ensemble contractuel et ceux indépendants de toute convention, il ne peut y avoir une place pour une fiction juridique, dont l'origine se trouve dans le droit au recours des tiers⁵⁷⁷. Car le droit au recours est un argument pouvant conduire à ignorer la nature des actes en cause. Or aucun acte n'est *par nature* détachable d'un contrat. Soit les deux sont liés, au point d'exercer une éventuelle influence l'un sur l'autre ; soit ils sont totalement indépendants. La notion de détachabilité est purement artificielle. L'acte détachable n'existe pas. Sauf dans un cas précis peut-être : celui des actes administratifs rattachés aux contrats de droit privé.

D'après la définition proposée, les actes aujourd'hui encore qualifiés de détachables des contrats de droit privé⁵⁷⁸ se placent au premier rang des actes extracontractuels. Bien qu'ils ne figurent toujours pas parmi les actes attaquables par le biais d'un recours « Tarn-et-Garonne »⁵⁷⁹, il nous cependant semble utile d'apporter quelques arguments au soutien de cette prise de position. Un acte administratif rattaché à un contrat de droit privé fait partie

⁵⁷⁷ Concl. J. ROMIEU sur CE, 4 août 1905, *Martin*, in *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, Vol. 1, 2015, LGDJ, p. 262 ; P. WACHSMANN, « La recevabilité du recours en excès de pouvoir à l'encontre des contrats – Pour le centenaire de l'arrêt Martin », *RFDA* 2006 p. 24.

⁵⁷⁸ CE, 29 décembre 2014, *Commune d'Uchaux*, *Lebon* p. 416 ; concl. V. DUMAS, *ibid.* ; J.-C. CAR, *L'essentiel droit immo et urb.* mars 2015 p. 6 ; O. DIDRICHE, *AJCT* 2015 p. 218 ; J. M. PASTOR, *AJDA* 2015 p. 4 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2015 comm. 51. Confirmation par : CE, 27 octobre 2015, *Arrou*, *Lebon T* p. 756 ; L. ERSTEIN, *JCP G* 2015 p. 1297 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2016 comm. 23 ; CE, 25 janvier 2017, *Association Avenir d'Alet*, *Lebon T* p. 681, 752 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2017 act. 94. V. encore : CAA Douai, 22 janvier 2015, *Association Vern'wil, Regroupement des organismes de sauvegarde de l'Oise*, J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2015 comm. 72.

⁵⁷⁹ CE, 29 décembre 2014, *Commune d'Uchaux*, préc.

d'un ensemble contractuel relevant du droit commun. Ce constat suffit donc à l'exclure du recours des tiers contre le contrat *administratif*. Le problème étant qu'au regard du contrat de droit privé, il est contractuel. Son illégalité peut emporter des effets sur la convention. Une telle hypothèse soulève alors quelques doutes sur la répartition des compétences entre les ordres de juridiction. La question peut sembler dépasser le périmètre de notre étude, car elle ne concerne pas la compétence du juge du contrat administratif. Pourtant, sa réponse préjuge de l'avenir des actes détachables.

En l'état actuel du droit, les actes administratifs supports des contrats de droit privé peuvent être extraits de l'ensemble contractuel auquel ils appartiennent pour être soumis à l'appréciation du juge administratif de la légalité⁵⁸⁰. Détachés du contrat de droit commun, ils représentent alors l'ultime bastion des actes détachables⁵⁸¹. Sous couvert de bonne répartition des compétences entre les ordres de juridictions, survivrait une infime partie de cette notion⁵⁸². Est-ce à dire que cette dualité juridictionnelle révélerait finalement l'existence d'une forme d'acte *par nature* détachable d'un contrat, à travers l'acte administratif rattaché au contrat de droit privé ?

À partir de la conclusion du contrat privé, l'administration est soumise à un régime de droit commun. Elle est considérée comme une personne privée. Mais lorsqu'elle édicte un acte administratif en amont de la signature de la convention, on peut estimer qu'elle agit encore en tant que puissance publique. Dans ce cas, le caractère exorbitant de l'acte en question ne fait aucun doute. Il serait alors détachable de l'ensemble contractuel de droit commun et, en tant que tel, placé dans le champ de compétence du juge de l'excès de pouvoir. Ce cas de figure n'a rien de surprenant dans la mesure où il est inconcevable d'imaginer le juge judiciaire apprécier la légalité d'un acte administratif. Sauf à supposer que l'exorbitance de cet acte est plutôt relative.

⁵⁸⁰ *Ibid.*

⁵⁸¹ « À l'évidence, la détachabilité conserve une utilité contentieuse [...] pour les contrats de droit privé de l'Administration, en application de la décision SARL Brasserie du Théâtre (TC, 22 novembre 2010, *SARL Brasserie du Théâtre*, *Lebon* 2010 p. 590). » (S. DOUTEAUD, « En contentieux des contrats administratifs, la théorie de l'acte détachable est-elle frappée à mort ? », *Les Petits Affiches* 2014 n° 123 p. 13).

⁵⁸² « [Le] nouveau recours Tarn-et-Garonne ne concerne que les contrats administratifs. Le contentieux des actes détachables pourra donc continuer à se développer pour les contrats de droit privé des collectivités » (O. DIDRICHE, « Annulation d'un acte détachable d'un contrat de l'administration : le Conseil d'État précise l'office du juge de l'exécution », *AJCT* 2015 p. 218).

Une seconde conception consisterait en effet à appréhender l'opération contractuelle menant à la signature du contrat privé de manière globale. Ainsi l'administration agirait en tant que personne privée même avant la conclusion. Après tout, un contrat de droit privé ne poursuit absolument pas la même finalité qu'un contrat administratif⁵⁸³. Aussi, pourquoi la personne publique garderait-elle cette qualité alors qu'elle envisage de signer une convention la plaçant dans la même position qu'une personne privée ? Ne pourrait-on pas admettre l'effet attractif du contrat privé sur l'ensemble des actes faisant partie de l'opération conduisant à sa signature ? C'est en tout cas la condition *sine qua non* pour en finir avec la notion d'acte détachable. Rien ne garantit cependant que cet avis soit partagé par le Conseil d'État, le cas échéant le Tribunal des conflits.

En dehors du cas particulier de l'acte dit détachable d'un contrat de droit privé, les actes extracontractuels sont facilement identifiables. Pour autant, on ne saurait se risquer à affirmer précipitamment que ce sont des actes administratifs exclusivement unilatéraux. On pense en particulier au contrat de recrutement d'agent public. Classé selon la typologie proposée parmi les actes extracontractuels, il n'en possède pas moins certaines caractéristiques contractuelles. Si elles ne suffisent cependant pas à remplir la première condition requise pour être attaqué par le biais d'un recours « Tarn-et-Garonne », elles confirment que la distinction entre contractuel et extracontractuel transcende la forme de l'acte. Finalement, un acte qualifié de contrat peut donc appartenir à la catégorie des actes extracontractuels.

Évidemment, le caractère hybride de ce contrat singulier n'est pas étranger à ce constat. À l'époque, cette ambivalence avait pu permettre aux tiers d'attaquer pour la première fois un contrat administratif devant le juge de l'excès de pouvoir⁵⁸⁴. Mais cette possibilité n'avait été exceptionnellement admise que parce que le Conseil d'État voyait avant tout dans ce contrat particulier un acte unilatéral⁵⁸⁵. Comme le rappelle justement le Professeur Patrick

⁵⁸³ À propos de l'intérêt général de poursuivre l'exécution du contrat : « puisque l'on parle de contrats de droit privé, cet intérêt général sera, dans la plupart des cas, d'assez faible intensité » (concl. V. DUMAS sur CE, 29 décembre 2014, *Commune d'Uchaux*, préc.).

⁵⁸⁴ CE Sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux, Lebon* p. 375 ; concl. J.-H. STAHL, *RFDA* 1999 p. 128 ; P. BOUTELET, *AJFP* 1999 p. 4 ; V. HAÏM, *JCP II* p. 10045 ; D. POUYAUD, *RFDA* 1999 p. 139 ; F. RAYNAUD et P. FOMBEUR, *AJDA* 1998 p. 969.

⁵⁸⁵ J.-H. STAHL, *Concl. sur CE Sect.*, 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, *RFDA* 1999 p. 128 ; P. WACHSMANN, « La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats – Pour le centenaire de l'arrêt Martin », préc.

Wachsmann, « [ces contrats de recrutement d'agent public] sont en effet producteurs, à l'égard des tiers, d'effets juridiques identiques à ceux qui s'attacheraient à l'acte unilatéral portant nomination d'un agent public »⁵⁸⁶. À y regarder de plus près, ce n'est pas tant la forme de l'acte que ses effets qui importent. Le contrat de recrutement d'agent public n'a rien de comparable, du point de vue de sa portée, à un contrat mettant en œuvre un service public ou organisant l'exécution de travaux publics par exemple. Cela se traduit par une appartenance aux actes extracontractuels et donc à une exclusion des actes attaquables par les tiers par la voie désormais classique du recours contre le contrat administratif. Consécutivement, l'appréciation d'un contrat de recrutement d'agent public relève alors du juge de l'excès de pouvoir, y compris pour les parties. Mais si les actes de nature extracontractuelle demeurent contestables devant un autre juge que celui du contrat administratif, il apparaît que le caractère contractuel de certains actes ne fait pas obstacle à la nécessité de priver les tiers de toute voie de recours à leur encontre. Il en va ainsi des actes ici qualifiés de post-contractuels.

B/ Les actes post-contractuels

La personne publique dispose de pouvoirs exorbitants et unilatéraux susceptibles d'être exercés afin de garantir la bonne exécution du contrat, le cas échéant d'en changer le cours. La valeur juridique de la plupart d'entre eux, érigés au rang de règle générale applicable aux contrats administratifs par la jurisprudence et aujourd'hui codifiés dans le Code de la commande publique⁵⁸⁷, témoigne de l'inopportunité de leur éventuelle contestation par les tiers devant le juge du contrat. À moins que ce ne soit pas tant leur valeur que leur fonction qui justifie leur place parmi les actes inattaquables par les tiers devant le juge du contrat. Une analyse approfondie de chacune de ces prérogatives mène en effet à ce constat.

En premier lieu, l'administration détient la faculté de veiller à la bonne application des stipulations contractuelles, voire d'intervenir dans les modalités d'exécution du contrat qui n'auraient pas été spécifiées dans son contenu. Il s'agit alors pour elle d'user de son pouvoir de contrôle. Il se manifeste de plusieurs manières, allant de simples actes de surveillance à

⁵⁸⁶ P. WACHSMANN, « La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats – Pour le centenaire de l'arrêt Martin », préc.

⁵⁸⁷ Art. L.6 CCP.

des prescriptions et peut aboutir à un véritable pouvoir de direction, se traduisant notamment dans les ordres de service⁵⁸⁸. Souvent prévue dans le contrat ou dans le cahier des clauses administratives générales, cette prérogative est désormais répertoriée dans le Code de la commande publique⁵⁸⁹. En dehors de ces dispositions écrites, l'inhérence du pouvoir de contrôle-direction a pu faire débat⁵⁹⁰. Certains auteurs refusaient d'y voir une règle générale applicable à l'ensemble des contrats administratifs, mais à une partie d'entre eux seulement⁵⁹¹. À l'opposé, d'autres auteurs estimaient que « [le] droit de contrôle est d'ordre public et de l'essence même du contrat administratif »⁵⁹². L'important n'est pas là. D'une manière ou d'une autre, un contrat administratif a toujours pour finalité de répondre à un intérêt public. Aussi l'administration doit-elle disposer des moyens d'assurer la bonne exécution du contrat, en tant que garante et responsable de cet intérêt. En témoignent d'ailleurs certains ouvrages de référence, dont les auteurs démontrent que le pouvoir de contrôle-direction est fondé sur les notions de service public,⁵⁹³ voire d'intérêt général⁵⁹⁴.

Les mêmes conclusions peuvent être tirées s'agissant du pouvoir de sanction de l'administration cocontractante. Qu'elles soient pécuniaires (pénalités ou dommages-intérêts) ou coercitives (mise en régie, mise sous séquestre ou marché par défaut), les sanctions ont toujours pour objectif de garantir l'application en bonne et due forme des stipulations contractuelles. C'est pourquoi la plus sévère d'entre-elles, la sanction résolutoire (résiliation unilatérale), n'est prononcée par l'administration qu'en dernier recours, lorsque

⁵⁸⁸ G. PÉQUIGNOT, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, Thèse, Montpellier, 1945, p. 313 ; A. ROBLOT-TROIZIER, « Retour sur le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant », *RFDA* 2007 p. 990 ; H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., Dalloz, 2019, pp. 544-545.

⁵⁸⁹ L.-6, 1^o CCP : « L'autorité contractante exerce un pouvoir de contrôle sur l'exécution du contrat, selon les modalités fixées par le présent code, des dispositions particulières ou le contrat ».

⁵⁹⁰ A. ROBLOT-TROIZIER, « Retour sur le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant », préc.

⁵⁹¹ F.-P. BÉNOIT, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, p. 644 ; « De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs », *JCP* 1963 I p. 1775 ; H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, préc., pp. 542-543.

⁵⁹² G. PÉQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, Pédone, 1945, p. 310.

⁵⁹³ G. JÈZE, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, Tome II, LGDJ, 1932, p. 366, 382, 430 et 474 ; G. PÉQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, préc., pp. 303-310.

⁵⁹⁴ A. DE LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, Tome II, LGDJ, 2^e éd., 1984, p. 441

les solutions alternatives ne suffisent pas⁵⁹⁵. Seul par exemple l'emploi de main-d'œuvre clandestine⁵⁹⁶ ou le refus de tenir compte de la modification unilatérale décidée par la personne publique⁵⁹⁷ justifierait le recours à une telle mesure. La continuité du service public reste naturellement prioritaire. D'ailleurs, si le pouvoir de résiliation pour faute existe même dans le silence du contrat⁵⁹⁸, il est aujourd'hui encadré par le Code de la commande publique⁵⁹⁹. Pour autant cette codification n'est pas synonyme de perte de valeur juridique. Au contraire, la portée symbolique est grande. Le Code de la commande publique reprend pour l'essentiel les règles posées antérieurement par la jurisprudence, à savoir les conditions de mise en œuvre des pouvoirs dont dispose l'administration. Ce n'est donc pas parce que les pouvoirs de l'administration sont encadrés et contrôlés par les textes qu'ils n'en sont pas moins exorbitants.

La modification unilatérale a connu des évolutions similaires. Reconnu progressivement par le Conseil d'État⁶⁰⁰ jusqu'à être promu en règle générale applicable aux contrats administratifs⁶⁰¹, ce pouvoir a également été récemment codifié⁶⁰². Mais son existence repose depuis toujours sur des considérations d'intérêt général. Afin d'assurer la continuité du service public, ce dernier doit pouvoir s'adapter aux besoins de l'administration et des usagers, mais aussi aux évolutions techniques⁶⁰³. C'est pourquoi le contrat administratif, en tant que moyen permettant d'assurer le fonctionnement du service public, est soumis au principe de mutabilité⁶⁰⁴. Le pouvoir de modification unilatérale est alors la traduction de

⁵⁹⁵ « La déchéance est une mesure tellement grave que l'on devra hésiter avant d'y avoir recours. Elle pourra dans bien des cas, constituer une sanction trop radicale, trop sévère pour le concessionnaire, trop gênante pour la puissance publique qui n'a aucune envie ni de voir le service public désorganiser, ni d'en assurer la direction. » (J. ROMIEU, Concl. sur CE, 31 mai 1907, *Delplanque*, RDP 190 p. 684).

⁵⁹⁶ CE, 2 avril 2008, *SA BPVR*, n° 277302 ; F. LLORENS, *CMP* 2008 comm. 141.

⁵⁹⁷ CE, 27 octobre 2010, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes*, n° 318617.

⁵⁹⁸ CE, 30 septembre 1983, *SARL Comexp*, Lebon p. 393.

⁵⁹⁹ Arts. L.6-5°, L. 2195-1, L. 2395-3 et L. 3136-3 CCP.

⁶⁰⁰ CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen*, Lebon p. 5 ; M. HAURIOU, *S.* 1902 III p. 12 ; CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des travaux*, concl. L. BLUM, Lebon p. 216 ; M. HAURIOU, *S.* 1911 III p. 1 ; G. JÈZE, RDP 1910 p. 270.

⁶⁰¹ CE, 2 février 1983, *Union des transports publics (UTPUR)*, Lebon p. 33 ; J.M. AUBY, RDP 1984 p. 212 ; F. LLORENS, *RFDA* 1984 p. 45. Avant cela, l'existence du pouvoir de modification unilatérale a été admise même dans le silence des textes : CE Sect., 12 mai 1933, *Compagnie générale des eaux*, Lebon p. 508.

⁶⁰² Arts. L. 6-4°, L. et R. 2194-1 et s., L. et R. 2394-1 et s., L. et R. 3135-1 et s. CCP.

⁶⁰³ H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratif*, préc., p. 582.

⁶⁰⁴ CE Ass., 8 avril 2009, *Commune d'Olivet*, concl. E. GEFFRAY, *RFDA* 2009 p. 449 ; P. DEUMIER, *RDT civ.* 2010 p. 58 ; G. ECKERT, *Contrats-Marchés publ.* 2009 comm. 164 ; G. LE CHATELIER, *AJDA* 2013 p. 1092 ; S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, *AJDA* 2009 p. 1090 ; F. MELLERAY, *DA* 2009 comm. 85 ; S. NICINSKI, *AJDA* 2009 p. 1747 ; G. ORSONI, *AJDA* 2009 p. 699.

ce principe. Finalement, comme le précise le Professeur Hélène Hoepffner, « en droit administratif [la modification] est une technique objective, dont l'utilisation est justifiée par les nécessités du service public »⁶⁰⁵.

Dans certaines hypothèses, les mesures précitées se révèlent inadéquates. La puissance publique peut alors user de sa faculté de résilier le contrat pour motif d'intérêt général⁶⁰⁶. Règle générale applicable aux contrats administratifs⁶⁰⁷ prévue par le Code de la commande publique⁶⁰⁸, la résiliation unilatérale représente sans doute le mieux l'exorbitance des pouvoirs dont dispose l'administration cocontractante. Car si celle-ci peut conclure un contrat afin de satisfaire un intérêt public, elle peut également y mettre fin pour poursuivre ce même objectif. Ainsi le motif d'intérêt général justifiant la mesure de résiliation est apprécié avec souplesse et recouvre des hypothèses très variées : la réorganisation ou la suppression d'une activité⁶⁰⁹, la réaffectation d'une dépendance du domaine public au stationnement des véhicules du personnel d'un EHPAD de la ville⁶¹⁰ ou encore la présence d'une grave irrégularité entachant le contrat⁶¹¹. Réciproquement, cette liberté doit également lui être accordée pour refuser de prononcer la résiliation du contrat. Sur ce point, la décision *Transmanche* ne va pas dans le sens de notre démonstration⁶¹².

Le refus de prononcer la résiliation du contrat est en effet aujourd'hui susceptible de faire l'objet de contestation de la part des tiers par la voie du plein contentieux. Certes, les modalités d'exercice du recours diffèrent de celles prévues par la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*⁶¹³. Toutefois la finalité reste la même : remettre en cause le contrat administratif. Or, l'argument reposant sur la proximité entre la décision de conclure le contrat et celle de le poursuivre ne convainc guère au regard de la nature de ces actes. À la différence de la conclusion du contrat, la volonté de le poursuivre s'inscrit dans un autre temps, à savoir

⁶⁰⁵ H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, préc., p 582.

⁶⁰⁶ CE, 17 mars 1864, *Paul Dupont* ; Dalloz 1864 III p. 87.

⁶⁰⁷ CE, 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval, Lebon* p. 246 ; concl. J. KAHN, *AJDA* 1958 II p. 282 ; A. DE LAUBADÈRE, Dalloz 1958 p. 730.

⁶⁰⁸ Arts. L. 6-5°, L. 2195-3, L. 2395-1 et L. 3136-3 CCP.

⁶⁰⁹ CE, 19 janvier 2011, *Commune de Limoges, Lebon* p. 1012 ; concl. B. DACOSTA, *BJCP* 2011 p. 105 ; F. BRENET, *DA* 2011 comm. 38.

⁶¹⁰ CE, 27 mars 2020, *Commune de Palavas-les-Flots*, n° 432076 ; J.-F. GIACUZZO, *AJDA* 2020 p. 1361.

⁶¹¹ CE, 25 octobre 2017, *Compagnie méridionale de Navigation*, n° 403335 ; G. ECKERT, *CMP* 2018 comm. 12 ; CE, 10 juillet 2020, *Société Comptoir de Négoce d'Équipements*, n° 430864 ; L. ZAOUÏ, *AJDA* 2020 p. 1445.

⁶¹² CE Sect., 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (SMPAT)*, préc.

⁶¹³ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

celui de la phase d'exécution. Faut-il aller jusqu'à admettre que celle-ci intéresse les tiers au point de remettre en cause le contrat ? Dans la mise en œuvre de chaque mesure d'exécution, y compris celle consistant à refuser de résilier le contrat, la puissance publique dispose d'une marge de manœuvre⁶¹⁴. Aussi le refus de prononcer la résiliation du contrat, en raison de sa nature, ne peut pas être traité différemment des autres prérogatives dont dispose l'administration dans le cadre de ses relations contractuelles.

⁶¹⁴ « Il y a entre le contrôle de ce que la personne publique peut faire dans l'intérêt général et de ce qu'elle doit faire pour le même motif une distance importe qui est celle de la marge de manœuvre [laissée] à la personne publique dans l'appréciation de l'intérêt général qui guide l'action publique. » (G. PELLISSIER, Concl. sur CE Sect., 30 juin 2017, *SMPAT*, préc.).

CONCLUSION DU CHAPITRE

Alors que la création d'un recours direct contre le contrat administratif ouvert à l'ensemble des tiers paraissait avoir effacé toutes les vicissitudes inhérentes à l'ancienne configuration du contentieux des tiers au contrat, l'étude de son champ d'application matériel révèle plusieurs imperfections. La stabilité des relations contractuelles et donc l'efficacité de l'action administrative supposent en effet de mettre un terme à la théorie des actes détachables et, plus largement, à l'accès des tiers au juge de l'excès de pouvoir. Pourtant le silence du Conseil d'État quant au régime contentieux de certains actes satellites peut laisser entrevoir leur maintien dans le champ de l'excès de pouvoir. Par ailleurs, les précisions apportées à la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*⁶¹⁵ relatives à son champ d'application matériel ne sont pas toujours satisfaisantes. Il en va ainsi de l'impossibilité de contester l'acte d'approbation devant le juge du contrat⁶¹⁶ ou encore de la création d'un recours de plein contentieux contre la décision de refus de résilier le contrat⁶¹⁷. Par un mécanisme différent, la contestation de ces actes conduit à perturber l'exécution du contrat administratif. Or, l'efficacité de l'action administrative contractuelle, commandée par la continuité du service public et la satisfaction de l'intérêt général, exige un environnement stable.

Il est cependant envisageable de trouver des remèdes à cette insécurité et à cette instabilité. Cela suppose au préalable d'en identifier et d'en comprendre les raisons. Le Conseil d'État n'a pas pris l'initiative de définir de manière structurelle les actes attaquables et inattaquables dans le cadre du recours des tiers contre le contrat administratif. Il ne s'est pas interrogé de façon globale sur la nature et la fonction des actes périphériques du contrat, mais s'est prononcé avec parcimonie sur le régime de certains d'entre eux, selon des considérations d'opportunité. La classification des actes incorporés dans le recours des tiers contre le contrat manque alors de cohérence. Une autre typologie est possible, en fonction

⁶¹⁵ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁶¹⁶ CE, 23 décembre 2016, *ASSECO-CFDT du Languedoc-Roussillon et Association ATTAC Montpellier*, préc.

⁶¹⁷ CE Sect., 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (SMPAT)*, préc.

de la nature des actes en cause et du rôle qu'ils jouent dans la vie du contrat. Il conviendrait ainsi d'intégrer dans le recours « Tarn-et-Garonne » l'ensemble des actes de nature contractuelle et qui se rattachent à la phase *ante* contractuelle (y compris en s'incorporant au contrat), tout en adoptant une vision extensive de ces critères. Seraient notamment inclus les délibérations se prononçant sur le principe du recours à une délégation de service public, les actes d'approbation, les clauses réglementaires ou encore les avenants. À l'inverse, les actes de nature extracontractuel, tel que les contrats de recrutement d'agent public, ou les actes post-contractuels en seraient exclus. Mais si les premiers pourraient toujours faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir, la stabilité du contrat administratif exige que les seconds, à savoir les mesures d'exécution, échappent à tout recours à l'initiative d'un tiers.

CONCLUSION DU TITRE

La stabilité des relations contractuelles exigeait impérativement de mettre un terme à la théorie des actes détachables et à soumettre le contrat administratif à un nouveau régime contentieux. De ce point de vue, les efforts accomplis par le Conseil d'État semblent avoir produit des résultats satisfaisants. Tous les contrats conclus après la lecture de la décision *Tarn-et-Garonne*⁶¹⁸ sont désormais protégés par le juge de plein contentieux. La légalité des principaux actes détachables du contrat administratif relève également de son appréciation. De sorte que les vicissitudes inhérentes à la présence du recours en excès de pouvoir dans le contentieux contractuel sont effacées. S'il demeure toujours des actes attaquables devant le juge de la légalité, c'est parce que le Conseil d'État considère que leur lien avec le contrat n'est pas suffisamment étroit pour que leur éventuelle annulation menace la stabilité des relations contractuelles.

Mais en réalité, le juge administratif suprême a procédé à une répartition ponctuelle des actes jusqu'alors uniquement contestables en excès de pouvoir, au gré des affaires dont il a eu à connaître. Le champ d'application *rationae materiae* du recours des tiers contre le contrat administratif en devient illisible. Il laisse surtout perdurer une certaine insécurité juridique, qui n'est cependant pas insurmontable. La méthode pour y parvenir repose sur une définition des actes attaquables et inattaquables dans le cadre du recours des tiers contre le contrat administratif. En tenant compte de leur nature et de la fonction qu'ils exercent dans la vie du contrat, il apparaît clairement que certains d'entre eux doivent être intégrés dans le recours « Tarn-et-Garonne » afin d'assurer une protection optimale des relations contractuelles. Ce moyen de stabilisation du contrat administratif serait plus acceptable et légitime que celui consistant à éloigner les tiers du prétoire du juge du contrat.

⁶¹⁸ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

TITRE 2. LES CONDITIONS D'ACCÈS RELATIVES AUX TIERS

Bien que l'objet d'un recours contre le contrat administratif soit de remettre en cause sa validité, son ouverture à l'ensemble des tiers n'a pas été acquise au prix de l'insécurité juridique. Les modalités de mise en œuvre de la contestation du contrat reflètent le souci de garantir la stabilité contractuelle, en filigrane la continuité du service public et la satisfaction de l'intérêt général. L'une des manœuvres pour atteindre ces objectifs consiste à agir sur le nombre de requérants potentiels. La solution la plus évidente pour ajuster l'ouverture du recours réside alors dans la mise en place de conditions relatives aux tiers au contrat administratif. Ainsi, tous ne pourront prétendre accéder au juge de plein contentieux. Certains se verront refermer les portes du prétoire avant l'examen du bien-fondé de leur demande.

Deux principales modalités d'accès relatives aux tiers-requérants permettent de tempérer l'ouverture du recours contre le contrat administratif. La première est connue de longue date au sein du contentieux administratif et figure parmi les conditions de recevabilité de la requête⁶¹⁹. Il s'agit de l'intérêt à agir. La seconde est utilisée depuis une période plus récente pour calibrer l'accès des recours de pleine juridiction, à savoir les moyens invocables. Ainsi le Conseil d'État a-t-il décidé de resserrer l'accès des tiers au juge du contrat, par le truchement d'une individualisation de l'intérêt à agir de certains tiers et des moyens qu'ils peuvent alors invoquer. Cette configuration entraîne alors une divergence dans l'accès des tiers au juge du contrat administratif (**Chapitre 1**). Dans l'absolu, cette situation serait acceptable si elle ne conduisait pas à dénaturer la notion de contrat administratif et les effets qu'il produit à l'égard des tiers. Aussi convient-il d'établir d'autres conditions d'accès, qui convergent vers une plus large ouverture du prétoire du juge et vers plus d'égalité entre les tiers (**Chapitre 2**).

⁶¹⁹ V. notamment en ce sens : C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, 10^e éd., LGDJ, 2022-2023, p. 86 et s. ; M. GUYOMAR et B. SEILLER, *Contentieux administratif*, 6^e éd., Dalloz, 2021, p. 317 et s.

CHAPITRE 1. L'ACTUELLE DIVERGENCE DES CONDITIONS D'ACCÈS DES TIERS AU JUGE DU CONTRAT

La définition des conditions d'accès au recours « Tarn-et-Garonne » a contribué à dessiner un nouveau profil des tiers admis à contester un contrat administratif. Pour autant, elle n'a pas abouti à une homogénéisation de cette catégorie de requérants. Malgré une généralisation de l'ouverture du recours en contestation de la validité du contrat, le juge de plein contentieux n'est pas devenu le porte-étendard de l'égalité de traitement entre les tiers. Au contraire, la lettre de l'arrêt *Tarn-et-Garonne*⁶²⁰ lui impose de procéder à une appréciation individualisée de la situation de chaque requérant. On assiste alors à une divergence des conditions de recevabilité du recours des tiers contre le contrat, à plusieurs niveaux. D'abord, entre les deux catégories de tiers établies par le Conseil d'État : les tiers privilégiés et les tiers ordinaires. Ensuite, au sein même de la classe des tiers ordinaires.

Tous les tiers ne sont plus admis à contester le contrat dans les mêmes conditions. Il existe presque autant d'hypothèses de recevabilité qu'il y a de tiers et de situations dans lesquelles ils peuvent se trouver. Ce phénomène s'explique par l'adoption d'une logique de subjectivisation au moyen d'un basculement progressif du contentieux contractuel entre les mains du juge de pleine juridiction (**Section 1**). Il marque ainsi un changement de paradigme dans lequel domine une protection accrue du contrat administratif, par un resserrement effectif de l'accès des tiers au prétoire du juge (**Section 2**).

⁶²⁰ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

SECTION 1. LES ORIGINES DE LA DIVERGENCE

Appréhender la divergence des conditions d'accès des tiers au prétoire du juge de pleine juridiction suppose de comprendre les rouages de la subjectivisation du recours contre le contrat. Cette démarche s'inscrit dans un contexte de lente évolution du contentieux contractuel administratif, dont le celui intéressant les tiers s'est en partie fait l'écho. Chacune des grandes étapes intéressant la matière a marqué un pas supplémentaire vers la rationalisation de la mise en œuvre du recours des tiers contre le contrat administratif. Mais longtemps, la principale voie de contestation mise à leur disposition⁶²¹ resta malgré tout assujettie à une logique objective (§1). Il aura fallu attendre la décision *Tarn-et-Garonne*⁶²² pour que le recours des tiers contre le contrat administratif bascule définitivement dans le plein contentieux subjectif (§2).

§1. UN RECOURS INITIALEMENT OBJECTIF

À l'origine, l'appréciation de la validité d'un contrat administratif à la demande d'un tiers était l'apanage du juge de la légalité. La mise en œuvre du contentieux objectif qu'est celui de l'excès de pouvoir impliquait que l'ensemble des tiers requérants répondent aux mêmes exigences (A). Souhaitant rompre avec cette logique, le Conseil d'État a alors tenté de réformer le contentieux contractuel. Mais cette avancée balbutiante vers le plein contentieux a finalement manqué son rendez-vous avec le recours subjectif de pleine juridiction (B).

⁶²¹ À l'époque où coexistent le recours en excès de pouvoir contre les actes détachables et le recours de plein contentieux réservé aux concurrents évincés, ces derniers demeurent les principaux requérants contestant le contrat administratif. Aussi, on peut admettre que la voie de la pleine juridiction est celle dominant le contentieux.

⁶²² CE Ass., avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

A/ Une objectivisation marquée

La systématisation du recours des tiers contre le contrat administratif s'est d'abord organisée autour du juge de la légalité⁶²³. C'est en 1905, par l'arrêt *Martin*⁶²⁴, que le Conseil d'État a créé la théorie des actes détachables, offrant aux tiers le pouvoir d'attaquer, non pas le contrat lui-même, mais ses actes périphériques. Évoquer cette voie de contestation comme recours contre le contrat administratif peut paraître relever de l'abus de langage. Pourtant, plusieurs décisions ont par la suite déterminé les conséquences à tirer de l'annulation d'un acte détachable sur le contrat⁶²⁵. Les tiers ont finalement pu bénéficier d'un moyen d'atteindre ce dernier. Au point que la contestation d'un acte détachable s'apparente à un recours *indirect* contre le contrat administratif. Cette configuration se présentait ainsi comme une alternative à l'impossibilité pour les tiers de se voir reconnaître qualité pour demander l'annulation d'un contrat, au motif qu'ils n'étaient pas partie à la convention⁶²⁶.

Toujours est-il qu'à cette époque et pendant près d'un siècle, le périple contentieux des tiers au contrat administratif débute aux portes du recours en excès de pouvoir. Or il s'agit d'un contentieux objectif de la légalité. Il vise à faire respecter la loi en sanctionnant la moindre illégalité⁶²⁷, non pas parce qu'elle lèse un droit, mais parce qu'elle est constitutive

⁶²³ Le recours en excès de pouvoir contre le contrat administratif à l'initiative des tiers semblait admis de longue date (CE 18 juin 1860, *Duc de Clermont-Tonnerre*, *Lebon* p. 460 ; CE, 30 avril 1863, *Ville de Boulogne*, *Lebon* p. 405) avant que la théorie de l'incorporation ne prive les requérants de cette faculté, à une date incertaine (D. CASAS, concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, *RFDA* 2007 p. 696).

⁶²⁴ CE, 4 août 1905, *Martin*, *Lebon* p. 749, concl. J. ROMIEU.

⁶²⁵ On songe en particulier à la ligne jurisprudentielle ayant introduit, au profit des tiers, une passerelle entre le prétoire du juge de l'excès de pouvoir et celui du contrat. Tel fut le cas lorsque les tiers ont pu demander au juge de l'exécution de contraindre les parties à saisir le juge du contrat pour qu'il constate la nullité de la convention, en raison de l'annulation d'un acte détachable (CE Sect., 7 octobre 1994, *Époux Lopez*, *Lebon* p. 430 ; concl. R. SCHWARTZ, *RFDA* 1994 p. 1090 ; D. POUYAUD, *ibid.* p. 1098 ; L. TOUVET et J.-H. STAHL, *AJDA* 1994 p. 867), même si l'injonction et la nullité n'étaient pas automatiques (CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement (IRD)*, *Lebon* p. 501 ; concl. D. PIVETEAU, *BJCP* 2004 n° 33 p. 136).

⁶²⁶ CE Sect., 17 janvier 1936, *Ligue des consommateurs d'électricité et Ville de Tonneins*, *Lebon* p. 76 ; CE Sect., 8 novembre 1974, *Époux Figueras*, *Lebon* p. 545 ; CE Sect., 20 janvier 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, *Lebon* p. 22 ; CE, 8 mars 1985, *Association « Les amis de la terre »*, *Lebon* p. 73 ; concl. P.-A. JEANNENEY, *RFDA* 1985 p. 363.

⁶²⁷ Ce fut particulièrement le cas avant que l'office du juge de l'excès de pouvoir ne s'enrichisse d'autres facultés que celles du maintien ou de l'annulation de l'acte en cause : v. en ce sens C. BROYELLE, *Contentieux administratif*, LGDJ, 10^e éd., 2022-2023, p. 63.

d'une entrave à la règle⁶²⁸. Cette dimension objective va de cette façon largement faciliter l'accès des tiers au prétoire du juge, selon des modalités identiques.

Certes, elle n'a jamais conduit à écarter *a priori* tout élément individuel. Quand bien même un requérant souhaiterait contester un acte administratif irrégulier, l'introduction d'un recours en excès de pouvoir suppose de respecter quelques conditions de recevabilité. Comme le précise Gilles Pellissier, « l'objet du recours – l'annulation d'un acte administratif – et sa fonction – veiller à la légalité de l'action administrative –, expliquent la nature à la fois objective et d'ordre public que présente le recours pour excès de pouvoir. Il serait toutefois excessif d'y exclure tout élément relatif à la personne du requérant. »⁶²⁹. On pense en particulier à l'une des composantes de la recevabilité du recours : l'intérêt à agir⁶³⁰.

« L'intérêt pour agir est l'utilité que présente pour le requérant la solution du litige qu'il demande au juge d'adopter. [...] En matière de recours pour excès de pouvoir, le requérant doit justifier d'un intérêt à obtenir l'annulation de la décision qu'il attaque »⁶³¹. En dehors des cas où la situation juridique du requérant par rapport à la décision en cause le dispense de justifier d'un intérêt à agir⁶³², ce dernier doit réunir plusieurs conditions. Présentés sous différentes formes selon les auteurs⁶³³, les caractéristiques de l'intérêt à agir ont pour objectif d'instaurer un minimum de cohérence entre l'objet de la demande et la situation du requérant, afin d'éviter toute action populaire. En tout état de cause, cela signifie que l'acte attaqué doit faire grief au requérant, en impactant suffisamment sa situation, de sorte qu'il puisse être considéré comme spécialement et personnellement concerné par la décision contestée.

Cette condition de recevabilité tenant au requérant peut ainsi être perçue comme un élément plus subjectif du recours en excès de pouvoir⁶³⁴. Gilles Pellissier ajoute à ce

⁶²⁸ *Ibid.* p. 57.

⁶²⁹ G. PELLISSIER, « Recours pour excès de pouvoir : conditions de recevabilité », *Rép. cont. adm.*, n° 9.

⁶³⁰ « L'exigence d'un intérêt donnant qualité à agir se situe au premier rang des conditions de recevabilité. » (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., Montchrestien, 2008, n° 563).

⁶³¹ G. PELLISSIER, « Recours pour excès de pouvoir : conditions de recevabilité », *préc.*, n° 249.

⁶³² *Ibid.*, n° 275 et s. ; M. GUYOMAR et B. SEILLER, *Contentieux administratif*, 6^e éd., Dalloz, 2021, pp. 330-331.

⁶³³ À titre d'exemple, Gilles PELLISSIER évoque ainsi un intérêt personnel suffisamment direct, certain, légitime et actuel (*ibid.*, n° 254 et s.), tandis que Camille BROUELLE préfère parler d'un intérêt réel, suffisant, certain et régulier, qui concerne spécialement le requérant (C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, *préc.*, p. 86 et s.).

⁶³⁴ *Ibid.*, pp. 86-87.

propos : « bien que traditionnellement qualifié de recours objectif, la recevabilité du recours pour excès de pouvoir est subordonnée à la condition que son auteur y ait un intérêt personnel. Autrement dit, seules les personnes à qui l'acte administratif fait grief sont recevables à en demander l'annulation, la condition relative à l'intérêt pour agir apparaissant comme l'aspect subjectif, du point de vue du requérant, de la définition de la décision comme acte faisant grief. Faire grief ne veut cependant pas dire léser [...] »⁶³⁵. Or cette ultime précision montre en réalité la prédominance du caractère objectif du recours en excès de pouvoir, particulièrement opposée à la dimension subjective du plein contentieux.

Au-delà de leur objet et de leur fonction, la différence entre les deux voies de recours s'apprécie donc aisément à travers le prisme de l'intérêt à agir. La notion d'intérêt à agir s'est apposée comme la signature du recours en excès de pouvoir⁶³⁶. Elle est devenue l'un des principaux éléments qui le distingue du plein contentieux, lequel requiert l'existence d'un droit lésé⁶³⁷. Il n'est pas exclu que la mise en œuvre du recours en appréciation de la légalité ait pour effet de réparer un droit lésé. D'ailleurs, si la présence de celui-ci est établie, l'intérêt à agir sera aisément constitué⁶³⁸. Mais l'introduction d'un recours en excès de pouvoir n'est pas conditionnée par la lésion d'un droit. Un simple intérêt à agir suffit. « [L']idée dominante est que pour agir il faut être touché, mais pas forcément blessé par l'acte »⁶³⁹. La notion d'intérêt à agir, contrairement à celle de droit lésé, est dans sa définition comme dans son appréciation par le juge, facilement reconnue⁶⁴⁰. Il en résulte un large accès

⁶³⁵ G. PELLISSIER, « Recours pour excès de pouvoir : conditions de recevabilité », Rép. cont. adm n° 249.

⁶³⁶ F. MELLERAY, « À propos de l'intérêt donnant qualité à agir en contentieux administratif. Le « moment 1900 » et ses suites », *AJDA* 2014 p. 1530

⁶³⁷ V. en sens contraire : « [Il] ne faut pas croire que la recevabilité d'un recours tendant à la reconnaissance d'un droit subjectif serait subordonnée, comme on l'affirme généralement, à la justification d'un droit lésé ; cette justification se rapporte à l'examen du bien-fondé de la mesure. » (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^e éd., 2008, n° 563). Sans exiger la justification d'un droit lésé, la jurisprudence *Tarn-et-Garonne* entraîne pourtant l'irrecevabilité d'une demande non assortie d'un intérêt lésé de façon suffisamment directe et certaine.

⁶³⁸ « [La jurisprudence relative à l'intérêt à agir] se rapporte essentiellement à la recevabilité du recours en excès de pouvoir [...]. La raison est simple : il y a rarement matière à douter que celui qui réclame la reconnaissance d'un droit subjectif, dont il s'affirme titulaire, n'ait pas un intérêt donnant qualité pour agir » (*Ibid.*, n° 565).

⁶³⁹ B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, PUF, 2008, p. 17.

⁶⁴⁰ « Le recours en excès de pouvoir étant une voie de droit objective, ayant uniquement pour objet l'annulation d'un acte objectif fait en violation de la légalité, le requérant est recevable à le former, alors même qu'il ne prétend et ne peut prétendre à aucun droit lésé par l'acte attaqué ; qu'un simple intérêt, même un intérêt moral largement apprécié, suffit pour que le recours soit recevable. » (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. III, 3^e éd., Boccard, 1930, p. 773).

du contentieux de la légalité⁶⁴¹, dont les tiers ont pu à l'époque tirer profit dans le contentieux de l'acte détachable. C'est d'autant plus vrai que l'ouverture du recours contre les actes détachables du contrat coïncide avec l'âge d'or du contentieux de l'excès de pouvoir, notamment marqué par un grand libéralisme de l'appréciation de l'intérêt à agir dès le début du XX^e siècle⁶⁴².

La facilité d'accès des tiers au recours contre les actes détachables a de surcroît été renforcée par l'indépendance établie entre l'intérêt à agir et les moyens invoqués. Deux raisons à cela. En premier lieu, parce que les moyens soulevés sont sans incidence sur la reconnaissance de l'intérêt à agir, bien au contraire. Classiquement en effet, l'existence d'un intérêt à agir – *a fortiori* la recevabilité de la requête – s'apprécie au regard des conclusions, c'est-à-dire de l'objet de la demande et non des arguments à l'appui, à savoir les moyens⁶⁴³. Il en résulte que la vérification de l'intérêt à agir est alors moins approfondie que si le juge y procédait à l'aune des moyens invoqués. De manière plus générale, l'absence de considération des moyens invoqués favorise la recevabilité de la requête.

En second lieu, parce que réciproquement, l'intérêt à agir n'a aucune influence sur les moyens invocables. Dès lors que l'intérêt à contester l'acte est admis, le requérant peut soulever n'importe quel moyen⁶⁴⁴, même sans rapport avec sa propre situation. Une fois la recevabilité de la requête reconnue, il n'y a pas d'autre obstacle à franchir pour que le juge

⁶⁴¹ « Le contentieux de l'excès de pouvoir est un contentieux objectif ; la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir n'est pas subordonnée à la condition que le requérant se prévale d'un droit lésé ; le recours pour excès de pouvoir est traditionnellement très largement ouvert. » (R. ODENT, *Contentieux administratif*, t. 2, réimpr. Dalloz, 2007, p. 255).

⁶⁴² F. MELLERAY, « À propos de l'intérêt donnant qualité à agir en contentieux administratif. Le « moment 1900 » et ses suites », préc. ; O. MAMOUDY, « L'ouverture du recours », *RFDA* 2019 p. 669.

⁶⁴³ « La recevabilité d'une requête s'apprécie au regard des conclusions, c'est-à-dire de ce que le requérant entend obtenir du juge, et non des moyens, c'est-à-dire des arguments qu'il développe à l'appui de ses conclusions. » (G. PELLISSIER, « Recours pour excès de pouvoir : conditions de recevabilité », préc., n° 17). « [Le] principe est que l'intérêt est apprécié, non au regard des moyens invoqués, mais par rapport aux conclusions dont le juge est saisi, c'est-à-dire par rapport à l'objet de la demande. » (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., n° 564). V. également : CE, 15 mars 1957, *Israël, Lebon* p. 174 ; CE Ass., 22 juin 1963, *Albert, Lebon* p. 385 ; CE Ass., 6 juillet 1973, *Michelin et Veyret, Lebon* p. 481 ; CE Sect., 13 décembre 1974, *Gratet du Bouchage, Lebon* p. 629.

⁶⁴⁴ « [Depuis] quelques décennies, on vit dans le contentieux administratif avec une espèce de dogme fréquemment répété qui est que la recevabilité s'apprécie au regard des conclusions et pas des moyens. En excès de pouvoir, ce dogme signifie que, lorsque vous avez intérêt à contester une décision administrative, vous pouvez invoquer tous les moyens, même les plus farfelus, même ceux qui, en réalité, vous lèsent. » (B. DACOSTA, « Table ronde à propos de l'arrêt CE, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne* », *RDP* n° 5 p. 1148).

procède à l'examen du bien-fondé de la demande. Les moyens invocables sont ici appréciés selon la logique objective propre à l'excès de pouvoir. À l'époque, ils ne font pas partie des outils utilisés pour contrôler l'accès des tiers au juge.

Dans cette configuration rejetant l'individualisation de l'intérêt à agir et des moyens, les chances de chaque tiers d'accéder au juge reposaient davantage sur un pied d'égalité. La qualité de tiers un tant soit peu contrarié par l'acte détachable en cause et, finalement par le contrat administratif auquel il se rapporte, suffisait amplement pour exercer un recours⁶⁴⁵. La demande d'annulation d'un acte détachable était ainsi examinée sans difficulté, quel que soit le tiers-requérant. Passé « le caractère purement platonique »⁶⁴⁶ des effets de l'annulation d'un acte détachable sur le contrat administratif après modification du contentieux⁶⁴⁷, les tiers pouvaient légitimement espérer remettre en cause le contrat, de surcroît en invoquant tout moyen.

L'état du contentieux contractuel administratif a fini par soulever de nombreux inconvénients ayant amorcé sa profonde mutation⁶⁴⁸. Outre l'insécurité provoquée par un enchaînement de recours dont la finalité était d'atteindre le contrat, parfois des années après la contestation d'un acte détachable, l'appréhension libérale de l'intérêt à agir confortait ce sentiment d'instabilité. La facilité avec laquelle la première étape du parcours contentieux destiné aux tiers pouvait être franchie renforçait l'éventualité d'un nombre important de requérants ayant un intérêt à agir, même indirectement, contre le contrat administratif.

⁶⁴⁵ Certains de ces tiers se trouvant dans une situation telle que leur qualité présuait leur intérêt à agir. Ainsi par exemple du contribuable local de l'usager du service public ou du membre d'une assemblée délibérante : v. G. PELLISSIER, « Recours pour excès de pouvoir : conditions de recevabilité », préc., n° 275-278 et n° 281.

⁶⁴⁶ J. ROMIEU, Concl. sur CE, 4 août 1905, *Martin* in *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, vol. 1, dir. H. DE GAUDEMAR et D. MONGOIN, LGDJ, 2015, p. 262.

⁶⁴⁷ On pense évidemment aux évolutions jurisprudentielles amorcées à la fin du XX^e siècle ayant permis de tirer sur le contrat administratif les conséquences de l'annulation de l'un de ses actes détachables : CE, 1^{er} octobre 1993, *Société « Le Yacht-club international de Bormes-les-Mimosas »*, *Lebon* p. 875 ; concl. M. POCHARD, *AJDA* 1993 p. 810 ; B. PACTEAU, *RFDA* 1994 p. 248 ; CE Sect., 7 octobre 1994, *Époux Lopez*, préc. ; CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement (IRD)*, préc.

⁶⁴⁸ De manière plus générale, l'âge d'or du contentieux de la légalité est également arrivé à son terme : v. en ce sens F. MELLERAY, « À propos de l'intérêt donnant qualité à agir en contentieux administratif. Le « moment 1900 » et ses suites », préc. ; E. LANGELIER, « Particularisation, généralisation ... et particularisation du contentieux administratif : propos dubitatifs à la lumière de l'intérêt à agir », *JCP A* 2015 p. 2345 ; F. SICHLER-GHESTIN, « Préface », *L'intérêt à agir devant le juge administratif*, dir. O. RENAUDIE, Berger-Levrault, 2015, p. 7.

Prenant acte du danger pesant sur la stabilité des contrats administratifs, le Conseil d'État a alors entrepris quelques travaux de rénovation du contentieux contractuel.

B/ Une subjectivisation manquée

La rationalisation des conditions d'ouverture du recours des tiers contre le contrat administratif aurait pu être amorcée dès le premier d'une longue série de revirements jurisprudentiels bouleversant le contentieux contractuel. De cette façon, les cas d'admission du recours auraient sans doute mis en lumière une plus grande incertitude dans les chances d'accès au prétoire du juge. Les hypothèses de reconnaissance d'intérêt à agir, le cas échéant au regard des moyens invoqués, se seraient cristallisées autour de certaines catégories de tiers-requérants, voire de situations précises. Autrement dit, la création prétorienne d'une nouvelle voie de recours pouvait entraîner une hétérogénéisation des conditions de recevabilité. Mais la présence d'un tel phénomène n'a pas été constatée.

En 2007, devant la nécessité grandissante de réformer le contentieux contractuel⁶⁴⁹, le Conseil d'État fait partiellement basculer la contestation indirecte du contrat en excès de pouvoir vers un recours direct de plein contentieux, par l'arrêt *Tropic Travaux*⁶⁵⁰. Partiellement, car en dépit des conclusions du commissaire du gouvernement Didier Casas⁶⁵¹, la voie de recours ne sera ouverte qu'à « tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif »⁶⁵². Dans les faits pourtant, elle devient le principal moyen de contestation d'un contrat par les tiers. La raison est simple : les concurrents évincés représentent la grande majorité des tiers-requérants.

Le passage du recours des tiers dans le plein contentieux annonçait une subjectivisation des conditions de recevabilité, en particulier de l'intérêt à agir. On sait en effet que l'une des

⁶⁴⁹ On observera notamment la complexité du contentieux contractuel, l'absence d'efficacité et de sécurité juridiques des recours existants, ainsi que la pression du droit européen : v. concl. D. CASAS sur CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, RFD A 2007 p. 696.

⁶⁵⁰ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux*, Lebon p. 360 ; concl. D. CASAS, BJCP 2007 p. 391 et RFD A, préc. ; P. CASSIA, AJDA 2007 p. 1964 ; P. COSSALTER, DA 2007 comm. 242 ; P. DELVOLVÉ, RJEP 2007 p. 327 ; F. LENICA et J. BOUCHER, AJDA 2007 p. 1577 ; F. MELLERAY, RDP 2007 p. 1383 ; F. MODERNE, RFD A 2007 p. 923 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, CMP 2007 repère 8 et 2008 repère 5 ; J.-P. PIETRI, CMP 2008 comm. 254 ; D. POUYAUD et M. CANEDO, RFD A 2007 p. 935 ; B. SEILLER, JCP A 2007 n° 38 p. 2227 ; M. TOUZEIL-DIVINA, RGCT 2008 n° 4 p. 16 ; M. UBAUD-BERGERON, JCP 2007 II p. 1016.

⁶⁵¹ D. CASAS, Concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

⁶⁵² CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux*, préc.

particularités de ce type de recours est d'exiger l'existence d'un droit lésé. L'intention était en tout cas poursuivie par le rapporteur Didier Casas, lequel proposait de conditionner son ouverture aux « tiers pouvant se prévaloir de la violation d'un droit de nature patrimoniale qui auraient été lésés par la conclusion du contrat »⁶⁵³. Finalement, le recours « Tropic » a été réservé aux seuls concurrents évincés. Est-ce à considérer que le Conseil d'État est allé plus loin dans la logique de subjectivisation ? Bien au contraire, car il n'est nullement fait mention, au stade de la recevabilité, de droit lésé dans la décision *Tropic*⁶⁵⁴. Tous les concurrents évincés de la passation d'un contrat administratif pouvaient prétendre saisir le juge de plein contentieux⁶⁵⁵.

Cette acception libérale de l'intérêt pour agir a même été renforcée quelques années plus tard. Dans un avis *Société Gouelle* de 2012, le Conseil d'État précisait que la notion de concurrent évincé s'appliquait à « tout requérant qui aurait eu intérêt à conclure le contrat alors même qu'il n'aurait pas présenté sa candidature, qu'il n'aurait pas été admis à présenter une offre, ou qu'il aurait présenté une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable »⁶⁵⁶.

En revanche, durant cette période de transition du contentieux contractuel, un autre outil de contrôle de l'accès au juge a fait son apparition : les moyens invocables. À l'origine, ces derniers n'ont pourtant pas vocation à réguler l'ouverture d'un recours. Contrairement à l'intérêt à agir, ils ne font pas partie des conditions de recevabilité, modulables au gré d'une volonté de restriction ou d'extension de l'accès au prétoire du juge. Mais la subjectivisation des moyens invocables a abouti à les ériger au rang de modérateur de l'ouverture du recours contre le contrat administratif.

La tendance a été initiée par une jurisprudence édictée en matière de référé précontractuel. Dans sa décision *SMIRGEOMES*⁶⁵⁷ de 2008, le Conseil d'État est en effet

⁶⁵³ Concl. D. CASAS sur CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

⁶⁵⁴ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux*, préc.

⁶⁵⁵ *Ibid.*

⁶⁵⁶ CE Avis, 11 avril 2012, *Société Gouelle*, concl. N. BOULOUIS, *BJCP* 2012 p. 387 ; O. AGNUS, *AJDA* 2013 p. 1268 ; S. BRACONNIER, *RDI* 2012 p. 398 ; P. CASSIA, *AJDA* 2012 p. 1109 ; S. HUL, *AJCT* 2012 p. 435.

⁶⁵⁷ CE Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, *Lebon* p. 324 ; concl. B. DACOSTA, *BJCP* 2008 p. 451 et *RFDA* 2008 p. 1128 ; B. BONNET et A. LALANNE, *DA* 2008 comm. 154 ; S. BRACONNIER, *RDI* 2008 p. 499 ; F. BRENET, *RJEP* 2009 comm. 8 ; P. CASSIA, *AJDA* 2008 p. 2374 ; T. DAL FARRA, *BJCP* 2008 p. 394 ; P. DELVOLVÉ, *RFDA* 2008 p. 1139 ; E. GEFFRAY et S.-J. LIÉBER, *AJDA* 2008 p. 2161 ; S. HUL, *LPA* 21 novembre 2008 p. 15 ; F. LINDITCH, *JCP A* 2008 comm. 2262 ; J.-P. PIÉTRI, *Contrats-Marchés publ.* 2008 comm. 264 ; R. SCHWARTZ, *BJCP* 2008 p. 451.

venu préciser l'interprétation des textes organisant la mise en œuvre de cette voie de recours⁶⁵⁸. Ainsi le considérant de principe affirme « qu'en vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements ; qu'il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente »⁶⁵⁹.

Pareille limitation des moyens invocables présente la particularité de faire dépendre ces derniers de la lésion supposée ou avérée dont le requérant se prévaut. Le message envoyé est clair : le requérant a intérêt à avancer de sérieux arguments à l'appui de sa demande, auquel cas la saisine du juge ne lui sera d'aucune utilité. Il va sans dire que de telles dispositions ont fini par dissuader bon nombre de demandeurs potentiels⁶⁶⁰.

Pour autant, la solution n'a jamais été transposée dans le cadre du recours d'un concurrent évincé. La dissociation intérêt à agir – moyens invocables a été maintenue. Surtout, l'avis *Société Gonelle* a, en plus de retenir une définition large de la notion de concurrent évincé, opté pour un élargissement du recours « Tropic »⁶⁶¹ au niveau des moyens invocables. Le Conseil d'État y affirme ainsi « [qu'à] l'appui de son recours en contestation de la validité du contrat [...] le concurrent évincé peut invoquer tout moyen. Il ne résulte par ailleurs d'aucun texte ni principe que le caractère opérant des moyens ainsi soulevés soit subordonné à la circonstance que les vices auxquels ces moyens se rapportent aient été susceptibles de léser le requérant »⁶⁶².

⁶⁵⁸ Loi n° 92-10 du 04 janvier 1992 relative aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux et loi n° 93-1416 du 29 décembre 1993 relative aux recours en matière de passation de certains contrats de fournitures et de travaux dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

⁶⁵⁹ CE Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, préc.

⁶⁶⁰ « Une donnée est assez marquante : le taux de succès des référés précontractuels devant les [tribunaux administratifs] a, semble-t-il, selon les données disponibles, significativement diminué depuis 2007, passant de 30% à 15% du total (et de près de 50% à 20% si on retire les désistements et les non-lieux). » B. DACOSTA, « Dix ans de *Smirgeomes* », *AJDA* 2018 p. 2000.

⁶⁶¹ S. BRACONNIER, « Élargissement du recours *Tropic* », *RDI* 2012 p. 398.

⁶⁶² CE Avis, 11 avril 2012, *Société Gonelle*, préc.

À cette époque, la subjectivisation du principal recours des tiers contre le contrat administratif n'a donc pas eu lieu, au grand dam de certains commentateurs⁶⁶³. L'apport de la jurisprudence *Société Tropic Travaux*⁶⁶⁴ réside principalement dans la refonde complète de l'office du juge du contrat. Elle a ainsi eu pour effet d'ériger le recours des concurrents évincés contre le contrat administratif au rang de « recours objectif de plein contentieux »⁶⁶⁵. Son objet ne serait pas tant de reconnaître des droits subjectifs appartenant aux tiers-requérants que d'assurer le respect du principe de légalité⁶⁶⁶, en admettant que la stabilité des relations contractuelles ne soit pas la priorité absolue. Seul le pouvoir du juge de plein contentieux « d'accorder des indemnisations en réparation des droits lésés »⁶⁶⁷ s'insère dans une logique de subjectivisation du recours. En revanche, à l'instar du recours objectif de la légalité, une importante liberté est laissée dans l'appréciation de l'intérêt à agir, indépendamment des moyens invocables.

Du point de vue des *conditions d'ouverture du recours*, les concurrents évincés n'étaient donc pas moins avantagés que les autres tiers⁶⁶⁸. Le Conseil d'État a visiblement tenu à ne pas créer d'inégalités d'accès au juge entre les requérants en fonction de leur qualité. Durant cette période où la contestation du contrat administratif était dédoublée entre une voie de recours indirecte contre les actes détachables et une voie de recours directe contre le contrat, aucune réelle divergence des conditions de recevabilité et des moyens invocables n'a été observée. Seul l'accès des candidats évincés au juge des référés était plus restreint. En tant que procédure d'urgence, le référé précontractuel ne peut néanmoins être comparé à un recours en contestation de la validité du contrat. Son objet est d'assurer le respect de

⁶⁶³ O. AGNUS, « Plaidoyer pour une *Smirgeomisation* des Tropics », *AJDA* 2013 p. 1268.

⁶⁶⁴ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

⁶⁶⁵ H. HOEPFNER, *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, 2^e éd., 2019, p. 924. V. dans le sens contraire, sans contester le côté à la fois objectif et subjectif du recours : H. LEPETIT-COLLIN, *Recherches sur le plein contentieux objectif*, Thèse, LGDJ, 2011, p. 163 ; M. GUYOMAR et B. SEILLER, *Contentieux administratif*, Dalloz, 2021, pp. 150-151.

⁶⁶⁶ Le plein contentieux subjectif « vise à la reconnaissance de droits subjectifs », tandis que le plein contentieux objectif « se présente comme un contentieux de la légalité (et le plus souvent comme un contentieux de la légalité de l'acte), mais dans lequel les pouvoirs du juge ne se limitent pas à l'annulation » (Camille BROYELLE, *Contentieux administratif*, 10^e éd., LGDJ, 2022-2023, p. 65).

⁶⁶⁷ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux*, préc.

⁶⁶⁸ Il convient de rappeler ici que notre étude se concentre exclusivement sur les conditions d'accès des tiers au juge de plein contentieux ou au juge de la légalité. Elle ne conduit toutefois pas à nier les particularités propres à l'office de chacun de ces juges. De ce point de vue il est effectivement permis de penser qu'une différence de traitement existe entre les concurrents évincés et les autres tiers.

la procédure de passation et des règles de mise en concurrence⁶⁶⁹, non pas de remettre en cause la légalité du contrat *a posteriori*.

Bien entendu, cette situation n'était pas pérenne. La poursuite de la mutation du contentieux contractuel administratif était inéluctable. Mais paradoxalement, c'est au sein du contentieux des actes détachables que le virage vers la subjectivisation a été observé⁶⁷⁰. Certes, la dernière importante réforme opérée en la matière, par la décision *Société Ophrys* de 2011⁶⁷¹, s'est concentrée sur l'office du juge de l'exécution⁶⁷² sans modifier les conditions de recevabilité. Pour autant, le premier infléchissement de l'intérêt à agir vers une appréciation plus stricte a été constaté quelques mois plus tard, dans le cadre d'un recours en excès de pouvoir initié par des tiers à un contrat administratif. À cette occasion, le Conseil d'État a précisé dans un arrêt *Société Lyonnaise des eaux* « que si des tiers peuvent poursuivre l'annulation des actes détachables d'un contrat, la recevabilité d'un tel recours est subordonnée à la condition que les stipulations du contrat en cause soient de nature à les léser dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine »⁶⁷³. Il en résulte,

⁶⁶⁹ « Le référé précontractuel n'est pas le procès fait à un acte, comme l'est le recours pour excès de pouvoir. Son économie n'est pas celle de conclusions dirigées contre une décision administrative, au soutien desquelles tout moyen pourrait être utilement mobilisé. Elle est toute autre. Son seul objet est de faire cesser des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Que la cessation de ces manquements implique, comme c'est fréquemment le cas, l'annulation de décisions administratives, ne doit pas tromper quant à la nature véritable - et originale - de ce recours. » (Concl. B. Dacosta sur CE Sect. 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, préc.).

⁶⁷⁰ V. en ce sens E. LANGELIER, « Nouvelles variations sur l'intérêt à agir dans le recours en annulation », *AJDA* 2012 p. 417.

⁶⁷¹ CE, 21 février 2011, *Société Ophrys*, *Lebon* p. 54 ; concl. B. DACOSTA, *BJCP* 2011 p. 133 ; F. BRENET, *DA* 2011 comm. 47 ; M.-C. DE MONTECLER, *AJDA* 2011. 356 ; R. NOGUELLOU, *RDI* 2011 p. 277 ; J.-P. PIÉTRI, *Contrats-Marchés publ.* 2011 comm. 123 ; F. SCANVIC, *AJCT* 2011 p. 419.

⁶⁷² *Ibid.* : « Considérant [...] que l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement la nullité dudit contrat ; qu'il appartient au juge de l'exécution, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, d'enjoindre à la personne publique de résilier le contrat, le cas échéant avec un effet différé, soit, eu égard à une illégalité d'une particulière gravité, d'inviter les parties à résoudre leurs relations contractuelles ou, à défaut d'entente sur cette résolution, à saisir le juge du contrat afin qu'il en règle les modalités s'il estime que la résolution peut être une solution appropriée ».

⁶⁷³ CE, 11 mai 2011, *Société Lyonnaise des eaux France*, *Lebon* T. p. 1018 ; C. BIGET, *AJDA* 2011 p. 989 ; A. BUREL, *AJCT* 2011 p. 472 ; É. BUSSON, *JCP A* 2011 p. 2213 ; B. ROUSSEAU, *AJDA* 2011 p. 2027

comme en témoigne cette affaire, que la qualité du requérant⁶⁷⁴ ne suffit pas à constituer un intérêt à agir⁶⁷⁵. Sa démonstration doit résulter d'une analyse *in concreto*⁶⁷⁶.

À l'évidence, l'introduction de la notion de lésion dans l'appréciation de l'intérêt à agir marque une rupture avec le libéralisme dans lequel s'inscrivait le contentieux des actes détachables⁶⁷⁷. À moins d'y voir le rappel que le recours en excès de pouvoir n'est pas une voie d'action populaire ; qu'à ce titre le requérant doit prouver un intérêt à agir au-delà de sa seule qualité. La portée de cette décision a pu être minimisée par certains auteurs⁶⁷⁸, mais le temps a fini par prouver qu'elle préparait le basculement imminent de l'ensemble des voies de recours ouvertes aux tiers au contrat administratif dans le plein contentieux subjectif. À partir de ce moment, les modalités d'accès des tiers au prétoire du juge ont réellement changé. Aujourd'hui alors on observe une distinction des conditions de recevabilité en fonction de la qualité du tiers-requérant et de la situation dans laquelle il se trouve.

§2. UN RECOURS FINALEMENT SUBJECTIF

L'importante subjectivisation des conditions d'ouverture du recours des tiers contre le contrat administratif s'observe aussi bien par rapport au recours contre les actes détachables qu'au regard de celui qui était réservé aux concurrents évincés. La disparition de ces voies de contestation dites objectives a d'ailleurs emporté avec elle l'homogénéité des modalités d'accès au juge. Seules les conditions d'ouverture d'un recours du représentant de l'État ou des élus locaux conservent un caractère objectif⁶⁷⁹. Quant à celles auxquelles sont désormais

⁶⁷⁴ Ici par exemple, une association de consommateurs ou des usagers du service public.

⁶⁷⁵ V. en particulier B. ROUSSEAU, « La poursuite d'un litige dans un nouveau contentieux ne donne pas automatiquement intérêt pour agir », *AJDA* 2011 p. 2027.

⁶⁷⁶ *Ibid.*

⁶⁷⁷ E. LANGELIER, « Nouvelles variations sur l'intérêt à agir dans le recours en annulation », préc.

⁶⁷⁸ « En tout état de cause, la décision [...] ne nous semble pas constituer un durcissement de la jurisprudence du Conseil d'État, et encore moins annoncer une limitation des recours des tiers à l'encontre d'actes détachables des contrats. » (B. ROUSSEAU, « La poursuite d'un litige dans un nouveau contentieux ne donne pas automatiquement intérêt pour agir », préc.).

⁶⁷⁹ Comme nous l'avons précédemment souligné, elles marquent déjà une première distinction dans l'accès des tiers au juge du contrat.

soumis la majorité des tiers, elles se font l'écho d'une grande diversité de situations en raison de la rationalisation de l'intérêt à agir (§1), ainsi que des moyens invocables (§2).

A/ La subjectivisation des raisons de l'action

La principale condition de recevabilité du recours des tiers ayant été entraînée par un mouvement de subjectivisation est donc celle relative à l'intérêt à agir contre le contrat administratif. Ce dernier est apprécié avec davantage de rigueur, au regard des moyens invoqués. Le tiers-requérant ne peut plus se contenter de revendiquer un intérêt à contester le contrat, mais doit fournir la preuve d'une lésion raisonnablement avérée. Plus précisément, « tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles »⁶⁸⁰. On notera cependant que la notion de *droit lésé*, intrinsèque au plein contentieux, n'a pas été reprise par le Conseil d'État, conformément à la proposition du rapporteur public⁶⁸¹. Lorsque Bertrand Dacosta s'est interrogé sur la manière de « calibrer la recevabilité du recours du tiers dirigé contre le contrat »⁶⁸², plusieurs raisons se sont opposées à l'introduction de la notion de droit lésé comme condition de recevabilité.

La première d'entre elle tient à la volonté de permettre aux tiers qui bénéficiaient de la voie du recours en excès de pouvoir contre les actes détachables d'accéder au juge du contrat. Le passage d'un intérêt à agir à un droit lésé comme condition de recevabilité aurait marqué une rupture trop brutale, en excluant tous les tiers-requérants jusqu'alors admis à saisir le juge de la légalité⁶⁸³.

La deuxième raison pour laquelle elle n'a pas été adoptée trouve son origine dans la nature particulière du contrat administratif. Il définit des obligations entre les parties,

⁶⁸⁰ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁶⁸¹ « Dès lors qu'il prônait un recours de pleine juridiction, notre collègue Didier CASAS raisonnait en 2007, fort classiquement, à partir de la notion de droit lésé. Nous ne reprendrons pas, malgré son orthodoxie, cette dernière proposition, pour plusieurs raisons. » (B. DACOSTA, *Concl. sur CE Ass, 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, RFD A 2014 p. 425*).

⁶⁸² *Ibid.*

⁶⁸³ *Ibid.*

lesquelles en tirent en réciproquement des droits, susceptibles d'être lésés. D'un autre côté, sa dimension publique entraîne nécessairement des effets sur les tiers, destinataires des politiques qu'il met en œuvre⁶⁸⁴. Ce constat mène forcément à l'éventuelle reconnaissance d'un intérêt à agir des tiers. En revanche, qu'il se matérialise par l'exigence d'un droit lésé n'est pas la solution la plus opportune. Elle serait plus adaptée au contentieux des parties au contrat, davantage impliquées dans sa passation comme dans son exécution et consécutivement titulaires de droits qui découlent de ces opérations. Mais qu'un tiers voit l'un de ses droits lésé par la passation du contrat ou par certaines de ses clauses est une hypothèse plus rare⁶⁸⁵.

La troisième et dernière raison justifiant ce choix tient à la « plasticité »⁶⁸⁶ de la notion d'intérêt à agir. Elle permet, selon le rapporteur public Bertrand Dacosta, « d'ajuster au mieux le filtre de la recevabilité »⁶⁸⁷ au regard du principe de légalité. Autrement dit, l'intérêt à agir est un instrument que le juge du contrat adapte aussi en fonction des exigences de légalité. Sa reconnaissance pourrait parfois dépendre de l'illégalité que le juge aura à apprécier. Or, plus l'intérêt à agir est apprécié strictement, moins le contrat aura de chance d'être soumis au contrôle de légalité. C'est pourquoi préférer la notion d'intérêt lésé à celle de droit lésé favorise l'ouverture du recours et par conséquent le contrôle de légalité.

L'idée prédominante derrière l'ensemble de ces justifications était d'éviter que le glissement de la contestation du contrat dans le plein contentieux ne conduise à fermer excessivement le prétoire du juge⁶⁸⁸. Mais il s'agissait bien de rompre avec la logique libérale issue de la jurisprudence *Martin*⁶⁸⁹, dont on ne voyait aucun inconvénient tant que

⁶⁸⁴ « Le contrat administratif, comme tous les contrats, a pour objet de définir les obligations des parties. Mais on ne peut s'en tenir à la théorie de l'effet relatif [...]. Le contrat administratif peut être également l'instrument d'une politique publique dont il organise la mise en œuvre [...], le support de choix qui affectent les finances publiques. » (*Ibid.*).

⁶⁸⁵ « [Si] l'on avait raisonné par rapport à un droit lésé, évidemment, on laissait de côté des catégories entières de tiers et en particulier l'élu local, qui n'a pas de droit lésé par le contrat en tant que tel. » (B. DACOSTA, « Table ronde à propos de l'arrêt *Tarn-et-Garonne* », RDP n° 5 2014 p. 1148).

⁶⁸⁶ B. DACOSTA, Concl. sur CE Ass, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁶⁸⁷ *Ibid.*

⁶⁸⁸ « L'extension du recours en contestation de la validité du contrat suppose donc la renonciation à la jurisprudence *Martin*, mais non sans que soient laissées au bord de la route des catégories entières de requérants qui pouvaient l'invoquer. » (*Ibid.*).

⁶⁸⁹ CE, 4 août 1905, *Martin*, préc.

L'annulation des actes détachables n'avait qu'un effet platonique⁶⁹⁰. L'objectif était donc de procéder à une subjectivisation de l'intérêt à agir, toute proportion gardée. La notion d'intérêt lésé s'est alors présentée comme une excellente alternative à celle de droit lésé. Ainsi les conseillers d'État ont-ils choisi, sur suggestion du rapporteur public, de reprendre la condition d'un intérêt lésé « de façon suffisamment directe et certaine » par la passation du contrat ou de certaines de ses clauses.

Deux éléments ressortent de cette disposition : la notion d'intérêt lésé et le caractère suffisamment direct et certain de la lésion. Nous avons déjà souligné qu'en lui-même, l'intérêt se distingue du droit, par définition individuel. Le premier peut toutefois englober le second, car il renvoie à une notion plus large, plus souple. Concrètement, l'intérêt lésé peut être « matériel ou simplement moral, individuel ou collectif »⁶⁹¹. Si c'est également le cas de l'intérêt à agir, l'intérêt lésé demeure toutefois plus restrictif, dans la mesure où il est associé à l'exigence d'une lésion. La charge probatoire est plus importante pour le requérant⁶⁹². Surtout, le caractère suffisamment direct et certain de celle-ci implique que « le tiers ait été lésé d'une façon plus particulière et personnelle »⁶⁹³. Pour reprendre les explications du Professeur Stéphane Braconnier, « l'exigence d'une lésion *suffisamment certaine* renvoie généralement au caractère né et actuel de cette lésion »⁶⁹⁴ tandis que « le caractère *suffisamment direct* de la lésion renvoie quant à lui, classiquement, au rapport de causalité qui doit exister entre l'acte attaqué et le grief invoqué par le requérant »⁶⁹⁵. En

⁶⁹⁰ « [Devront] être écarté certaines solutions excessivement libérales qui ne se justifiaient, à l'origine, que par l'absence de toute conséquence des annulations prononcées. » (B. DACOSTA, Concl. sur CE Ass, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.).

⁶⁹¹ S. BRACONNIER, « Le nouveau visage du contentieux des contrats administratifs », *RDI* 2014 p. 344. V. également : J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité des recours contentieux*, Litec, 1992, p. 230 ; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., Montchrestien, 2008, p. 566.

⁶⁹² Ainsi par exemple, la constitution d'un manquement aux principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats n'établit pas nécessairement un intérêt lésé de façon suffisamment directe et certaine : « [Au] demeurant la société Eiffage Énergie Val de Loire, partie prenante à la négociation, ne se prévaut d'aucun intérêt susceptible d'avoir été lésé de façon suffisamment directe et certaine par le vice invoqué, tiré du manquement aux principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats, si celui-ci avait été constitué » (CAA Nantes, 22 décembre 2017, *Société Eiffage Energie Val de Loire*, n° 16NT01413).

⁶⁹³ J.-F. LAFAIX, « L'intérêt à agir devant le juge du contrat », *L'intérêt à agir devant le juge administratif*, préc., p. 96. Ici l'auteur avait envisagé l'hypothèse où l'intérêt lésé serait apprécié avec un certain degré d'exigence, notamment s'agissant des concurrents évincés, « en insistant sur le caractère suffisamment direct et certain de la lésion ». Les précisions ultérieures apportées à la jurisprudence *Tarn-et-Garonne* viendront confirmer ce cas de figure.

⁶⁹⁴ S. BRACONNIER, « Le nouveau visage du contentieux des contrats administratifs », préc.

⁶⁹⁵ *Ibid.*

résumé, la notion même d'intérêt lésé, comme l'exigence d'une lésion suffisamment directe et certaine, ont activement participé à la subjectivisation de l'intérêt à agir et à un resserrement des conditions de recevabilité⁶⁹⁶.

Leur usage s'est d'ailleurs démocratisé au sein du contentieux contractuel intéressant les tiers⁶⁹⁷. Du côté de la pleine juridiction, une autre voie de recours est aujourd'hui conditionnée, au niveau de l'intérêt à agir, de la même manière que la voie de contestation de la validité du contrat. Pour attaquer un refus de résiliation du contrat, le tiers doit être « susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe par une décision refusant de faire droit à sa demande de mettre fin à l'exécution du contrat »⁶⁹⁸. Plus étonnantes pourraient être les différentes solutions adoptées dans le cadre de l'excès de pouvoir. Ainsi « les tiers qui se prévalent d'intérêts auxquels l'exécution du contrat est de nature à porter une atteinte directe et certaine sont recevables à contester devant le juge de l'excès de pouvoir la légalité de l'acte administratif portant approbation du contrat »⁶⁹⁹. De la même manière, « un tiers à un contrat est recevable à demander, par la voie du recours pour excès de pouvoir, l'annulation des clauses réglementaires contenues dans un contrat administratif qui portent une atteinte directe et certaine à ses intérêts »⁷⁰⁰.

La transposition dans le contentieux de l'excès de pouvoir de cette condition de recevabilité vraisemblablement issue du plein contentieux n'est pas hasardeuse. En réalité,

⁶⁹⁶ « L'idée de lésion, l'insistance qui est mise par le Conseil d'État sur les termes "suffisamment directe et certaine", montre que dans l'esprit de l'assemblée du contentieux, si aucune catégorie de tiers n'est privée par principe de la possibilité de contester directement le contrat, pour les tiers qui iront devant ce juge du contrat, on va quand même apprécier l'intérêt à agir de manière plus resserrée que l'appréciation que l'on faisait jusqu'à présent dans le cadre du recours contre l'acte détachable, du recours pour excès de pouvoir. » (B. DACOSTA, « Regard d'un juge administratif sur l'intérêt à agir dans le contentieux contractuel », in *L'accès au juge : l'intérêt à agir*, LGDJ, 2016, p. 124).

⁶⁹⁷ Le contentieux contractuel est ici comme ailleurs entendu au sens large, incluant le contentieux relatif aux actes dits détachables.

⁶⁹⁸ CE Sect., 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (SMPAT)*, *Lebon* p. 209 ; concl. G. PELLISSIER, *RFDA* 2017 p. 937 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2017 act. 487 ; J.-L. HECKENROTH, *Contrats-Marchés publ.* 2017 pratique 11 ; S. HUL, *AJCT* 2017 p. 455 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, *Contrats-Marchés publ.* 2017 repère 8 ; J. MARTIN, *JCP A* 2017 chron. 2195 ; M.-C. DE MONTECLER, *AJDA* 2017 p.1359 ; G. ODINET et S. ROUSSEL, *ibid.* p. 1669 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2017 comm. 249.

⁶⁹⁹ CE, 23 décembre 2016, *ASSECO-CFDT du Languedoc-Roussillon et Association ATTAC Montpellier*, *Lebon T.* p. 831 ; *AJDA* 2017 p. 8 ; J. BOUSQUET, *DA* 2017 comm. 14 ; J.-D. DREYFUS, *AJCT* 2017 p. 226 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2017 act. 27 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2017 comm. 81.

⁷⁰⁰ CE, 9 février 2018, *Communauté d'agglomération Val d'Europe Agglomération*, *Lebon* p. 34 ; concl. O. HENRARD, *BJCP* 2018 p. 182 ; Q. ALLIEZ, *AJDA* 2018 p. 1168 ; G. ECKERT, *Contrats-Marchés publ.* 2018 comm. 88.

c'est le contentieux de la légalité qui a inspiré celui de pleine juridiction⁷⁰¹. La notion d'intérêt lésé de façon suffisamment directe et certaine a été reprise d'une décision de 2011, *Société Lyonnaise des eaux de France*⁷⁰², faisant suite à la contestation d'un acte détachable. Mais la formule n'était pas jusqu'alors inconnue de l'excès de pouvoir. Il a par exemple déjà été jugé auparavant que la recevabilité d'un recours contre la décision de signer un contrat de plan « est subordonnée à la condition que les stipulations du contrat de plan mises en cause soient de nature à léser le requérant dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine »⁷⁰³. L'intérêt à agir dans le cadre d'un recours contre un acte détachable d'un contrat administratif a plusieurs fois fait l'objet d'interprétation restrictive⁷⁰⁴. Sous cet angle, la subjectivisation des conditions de recevabilité du recours des tiers contre le contrat administratif pourrait sembler relative. Si l'intérêt à agir a déjà été strictement apprécié en excès de pouvoir, en quoi le plein contentieux se démarque-t-il finalement sur ce point ?

Plusieurs éléments plaident pourtant en faveur d'une réelle subjectivisation des raisons que doivent invoquer les tiers pour contester un contrat administratif. Tout d'abord, rappelons que l'intérêt à agir dans le cadre d'un recours « Tarn-et-Garonne » est davantage restreint que celui qui était exigé dans le cadre d'un recours « Tropic », notamment tel qu'il avait été interprété par la jurisprudence *Société Gonelle*⁷⁰⁵. Ensuite, et c'est là le point de comparaison important, la transposition dans le plein contentieux d'une condition de recevabilité issue de l'excès de pouvoir ne signifie pas absence de subjectivisation. Le contentieux de la légalité a lui-même connu une période de glissement vers une logique plus subjective⁷⁰⁶, brouillant en partie la frontière qui le séparait du plein contentieux. Pour autant, l'appréciation de l'intérêt à agir à l'occasion de la contestation d'un acte détachable n'était pas par principe contraignante. Les cas d'interprétation restrictive demeuraient

⁷⁰¹ « Au demeurant, certaines de vos décisions récentes, alors même qu'elles portent sur des actes détachables, donnent un mode d'emploi transposable à un recours contre le contrat. » (B. DACOSTA, Concl. sur CE Ass, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.).

⁷⁰² CE, 11 mai 2011, *Société Lyonnaise des eaux de France*, *Lebon T.* p. 1018 ; A. BUREL, *AJCT* 2011 p. 472 ; E. BUSSON, *JCP A* 2011 p. 2213 ; R. GRAND, *AJDA* 2011 p. 992 ; B. ROUSSEAU, *ibid.* p. 2027.

⁷⁰³ CE, 19 novembre 1999, *Fédération syndicale Force Ouvrière des travailleurs des postes et des télécommunications*, *Lebon* p. 354

⁷⁰⁴ V. en ce sens : D. POUYAUD, « Que reste-t-il du recours pour excès de pouvoir dans le contentieux des contrats ? », *RFDA* 2015 p. 727.

⁷⁰⁵ CE Avis, 11 avril 2012, *Société Gonelle*, préc.

⁷⁰⁶ F. MELLERAY, « À propos de l'intérêt donnant qualité à agir en contentieux administratif. Le « moment 1900 » et ses suites », préc. ; E. LANGELIER, « Particularisation, généralisation ... et particularisation du contentieux administratif : propos dubitatifs à la lumière de l'intérêt à agir », préc.

occasionnels. De la décision *Martin*⁷⁰⁷ à *Bonhomme*⁷⁰⁸, l'intérêt à agir a bien été emporté par un mouvement de subjectivisation.

Même si l'exigence d'un « intérêt lésé de façon suffisamment directe et certaine » se retrouve en excès de pouvoir et en plein contentieux, son interprétation par le juge du contrat confirme le resserrement des conditions de recevabilité. Comme le précise le Professeur Pierre Delvolvé, « [cette] condition, dont le mot « suffisamment » souligne la relativité, peut, ici comme là, donner lieu à des appréciations plus ou moins rigoureuses. Elle est formulée pour éviter que le recours soit trop largement ouvert. Elle constitue un instrument aux mains du juge pour, selon les cas, le recevoir ou non »⁷⁰⁹. C'est là que se situe la clé de la subjectivisation de l'intérêt à agir des tiers contre le contrat administratif. Et la vague de rationalisation des conditions d'accès au recours est d'autant plus grande qu'elle immerge également les moyens invocables.

B/ La subjectivisation des moyens de l'action

Selon une interprétation orthodoxe de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*⁷¹⁰, une fois la recevabilité du recours admise, le juge du contrat doit vérifier que les tiers ordinaires (ce qui exclut le préfet et les élus locaux) ont invoqué « des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle [qu'il] devrait les relever d'office »⁷¹¹. Nous nous intéresserons ici à la première catégorie de ces irrégularités, dans la mesure où ce sont ces dernières qui sont concernées par le mouvement de subjectivisation. Du reste, les vices dont la gravité devrait conduire le juge à les soulever d'office, c'est-à-dire les vices d'ordre public, forment un ensemble amené à se réduire comme peau de chagrin. Ainsi que le fait remarquer le Professeur Hélène Hoepffner à la suite d'une décision ayant affiné la notion, « alors que le Conseil d'État a longtemps procédé à l'identification des vices d'ordre public au cas par cas, il a, dans l'arrêt *Cerba*⁷¹², donné une définition (restrictive) de ceux-ci :

⁷⁰⁷ CE, 4 août 1905, *Martin*, préc.

⁷⁰⁸ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁷⁰⁹ P. DELVOLVÉ, « De Martin à Bonhomme. Le nouveau recours des tiers contre les contrats administratifs », *RFD* 2014 p. 438.

⁷¹⁰ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁷¹¹ *Ibid.*

⁷¹² CE, 9 novembre 2018, *Société Cerba*, *Lebon* p. 407, concl. G. PELLISSIER ; L. BAHOUAGNE, *DA* 2019 chron. 1 ; C.-E. BUCHER, *AJ Contrat* 2019 p. 89 ; J.-D. DREYFUS, *AJCT* 2019 p. 94 ; S. HUL, *DA* 2019 comm. 14 ;

le vice d'ordre public est nécessairement en lien avec le contenu illicite du contrat, celui-ci étant lui-même lié à un objet contraire à la loi »⁷¹³. De ce point de vue, les chances de se trouver face un moyen d'ordre public s'amenuisent. Les tiers-requérants devront surtout mettre en avant des irrégularités liées à l'intérêt lésé dont ils se prévalent.

Aussi peut-on considérer que l'intérêt à agir est « dédoublé »⁷¹⁴. Il conditionne à la fois la recevabilité du recours des tiers contre le contrat administratif et l'invocabilité des moyens⁷¹⁵ qu'ils vont soulever à l'appui de leur demande. C'est dans cette convergence entre l'intérêt à agir – intérêt lésé – et les moyens que réside la subjectivisation de ces derniers. La possibilité de les invoquer va en effet s'apprécier au regard de la situation du requérant. Cela signifie que les irrégularités soulevées doivent contrarier une norme qui le concerne, de sorte à impacter cette situation dans laquelle il se trouve⁷¹⁶. Reste à savoir ce que cela implique précisément.

Le Professeur Jean-François Lafaix fait partie des auteurs ayant approfondi la question du degré de sévérité avec lequel il convient d'apprécier le lien entre l'intérêt lésé et le vice invoqué⁷¹⁷. Il a notamment envisagé plusieurs séries d'hypothèses dans lesquelles les moyens soulevés seraient ou non invocables⁷¹⁸. Il ressort de cette étude que l'intensité du lien exigé entre les vices invoqués et l'intérêt lésé du requérant s'apprécie au regard de la finalité attribuée à la norme violée⁷¹⁹. Concrètement, certains corps de règles ont, par extension, un effet sur la situation d'autres personnes que celles initialement concernées. Ainsi, pour reprendre l'un des exemples cités, les règles de passation des contrats administratifs ne visent pas seulement à garantir un égal accès à la commande publique pour tous les concurrents. Elles assurent par ailleurs une meilleure utilisation des deniers publics, au profit des contribuables⁷²⁰. Partant de ce constat, deux solutions sont possibles. Dans

F. LOMBARD, *RTD Com.* 2019 p. 343 ; J.-C. ROTOULLIÉ, *AJDA* 2019 p. 412 ; M. UBAUD-BERGERON, *Contrats-Marchés publ.* 2019 comm. 24

⁷¹³ H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratif*, 2^e éd., Dalloz, 2019, p. 933.

⁷¹⁴ J.-F. LAFAIX, « L'intérêt à agir devant le juge du contrat », préc.

⁷¹⁵ Le débat relatif à la nature de la condition (opérance ou recevabilité) de rapport exigé entre l'intérêt lésé et les moyens invoqués n'a pas été tranché.

⁷¹⁶ « *A priori*, au minimum, il importe que la *norme violée* présente un lien avec la situation du requérant. » (J.-F. LAFAIX, « L'intérêt à agir devant le juge du contrat », préc.).

⁷¹⁷ *Ibid.*

⁷¹⁸ *Ibid.*

⁷¹⁹ *Ibid.*

⁷²⁰ *Ibid.*

un premier cas, les effets de la norme violée seraient appréciés largement, ce qui devrait conduire à reconnaître comme invocables par les contribuables les moyens tirés de la violation des règles de publicité et de mise en concurrence. Dans un second cas, « une perspective plus sévère devrait conduire à distinguer les finalités directes et indirectes de la règle de droit violée »⁷²¹, pour ne retenir que les premières. Par conséquent, les contribuables ne pourraient pas invoquer des manquements aux règles de passation, ces dernières n'ayant pas de lien direct avec leur qualité⁷²².

Or, la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*⁷²³ exige que les tiers ordinaires soulèvent des moyens « en rapport *direct* avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent »⁷²⁴. Comme le rappelle le Professeur Jean-François Lafaix, pour la majorité de la Doctrine⁷²⁵ ce caractère direct signifie que le rapport entre l'objet de la règle et la situation du requérant va au-delà d'un simple rapport abstrait : « le vice invoqué doit avoir été susceptible de préjudicier concrètement et personnellement le requérant, et non seulement abstraitement en raison de son appartenance à une certaine catégorie de personnes concernées par la règle violée »⁷²⁶. De ce point de vue, la subjectivisation des moyens de l'action des tiers contre le contrat administratif est davantage marquée.

Mais il est vrai qu'une interprétation plus stricte de l'exigence d'un lien entre les moyens invoqués et l'intérêt lésé est susceptible d'entraîner la mise à l'écart de certains requérants. Si les candidats à l'attribution d'un contrat administratif sont personnellement impliqués dans la procédure de passation, tel n'est pas le cas des contribuables, des usagers du service public ou encore des associations⁷²⁷. Seule une analyse des cas d'application de la

⁷²¹ *Ibid.*

⁷²² « [La] meilleure utilisation des deniers publics peut apparaître comme une finalité indirecte (bien que réelle) des règles de passation des contrats publics, dont la finalité directe est d'assurer la liberté et l'égalité d'accès à la commande publique. Il faudrait alors exiger un lien plus direct entre la règle violée et la qualité de contribuable. » (*Ibid.*).

⁷²³ CE Ass, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁷²⁴ *Ibid.*

⁷²⁵ V. notamment en ce sens : F. BRENNET, « L'élargissement du recours Tropic aux tiers justifiant d'un intérêt lésé », *DA* 2014 comm. 36 ; A. BRETONNEAU et J. LESSI, « Contentieux contractuel : la révolution rentre au port », *AJDA* 2014 p. 1035 ; B. DACOSTA, « Esquisse d'une typologie des requérants en matière contractuelle », *AJDA* 2014 p. 2049.

⁷²⁶ J.-F. LAFAIX, « L'intérêt à agir devant le juge du contrat », préc.

⁷²⁷ « [Les] autres tiers [que les candidats] ne sont pas personnellement impliqués dans la passation du contrat. Ils ne sont affectés par son existence et ses clauses qu'en raison de leur appartenance à une catégorie de personnes intéressés par l'objet du contrat. D'autre part, les autres catégories de tiers défendent des intérêts convergents, et non antagonistes. Les candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique sont

jurisprudence *Tarn-et-Garonne*⁷²⁸ permet en réalité de mesurer le degré d'intensité du lien exigé entre les moyens soulevés et l'intérêt lésé dont les tiers peuvent se prévaloir. En tout état de cause, cette configuration contentieuse tempère sensiblement l'accès au juge de pleine juridiction. On peut ainsi qualifier les moyens invocables dans le cadre du recours des tiers contre le contrat administratif de « double filtre »⁷²⁹ à l'accès au juge. Et pour cause : quand bien même la recevabilité de la requête serait admise, ce qui implique la reconnaissance d'un intérêt lésé, rien ne garantit au requérant que le bien-fondé de sa demande soit examiné. Dans l'hypothèse où le juge considérerait que les moyens soulevés par un tiers ne sont pas invocables, celui-ci se trouverait démuné de moyens aux portes du prétoire.

Certes la solution n'est pas révolutionnaire et ne s'impose pas seulement aux tiers. Lors de la refonte de l'action en contestation de la validité du contrat par les parties, le Conseil d'État a introduit la notion de loyauté des relations contractuelles, notamment afin de limiter les moyens invocables par les cocontractants⁷³⁰. L'objectif étant d'empêcher que le recours ne soit détourné par les parties⁷³¹. Pour ce qui est des tiers, afin de les dissuader d'instrumentaliser le référé précontractuel, le Conseil d'État a également circonscrit les moyens invocables par la décision *SMIRGEOMES*⁷³². C'est de cet arrêt dont s'inspire la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*⁷³³, comme a pu le confirmer le rapporteur public⁷³⁴. À ceci près que la restriction des moyens ne concerne pas seulement les concurrents évincés, mais l'ensemble des tiers. Le « plaidoyer pour une *Smirgeomisation des Tropics* »⁷³⁵ aura finalement

en concurrence. Une violation de la règle de droit peut avantager l'un d'eux, au détriment des autres. Ce n'est pas le cas des contribuables ou des associations. » (*Ibid.*).

⁷²⁸ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁷²⁹ B. DACOSTA, Concl. sur CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁷³⁰ CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, *Lebon* p. 509 ; concl. E. GLASER, *BJCP* 2010 p. 138 et *RFDA* 2010 p. 506 ; O. DIDRICHE, *AJCT* 2010 p. 114 ; J. GOURDOU et P. TERNEYRE, *RJEP* Juin 2010 comm. 30 ; A. LALLET et X. DOMINO, *AJDA* 2011 p. 665 ; S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, *ibid.* 2010 p. 142 ; F. LINDITCH, *JCP A* 2010 p. 2072 ; R. NOGUELLOU, *RDI* 2010 p. 265 ; H. PAULIAT, *RDP* 2010 p. 553 ; D. POUYAUD, *RFDA* 2010 p. 519 ; P. REES, *Contrats-Marchés publ.* Mars 2010 comm. 123 ; B. SEILLER, *Gaz. Pal.* 16 mars 2010 p. 13.

⁷³¹ Stabilité des relations contractuelles et respect des obligations.

⁷³² CE Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, préc.

⁷³³ CE Ass, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁷³⁴ « C'est un peu de cette jurisprudence, avec quelques différences, que s'inspire *Département du Tarn-et-Garonne*. » (B. DACOSTA, « Table ronde à propos de l'arrêt CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, *RDP* n° 5 2014 p. 1148).

⁷³⁵ O. AGNUS, « Plaidoyer pour une « *Smirgeomisation des Tropics* » », *AJDA* 2013 p. 1268.

été entendu jusqu'au département de Tarn-et-Garonne. Il semble même qu'il inspire aujourd'hui le juge de l'excès de pouvoir⁷³⁶.

La subjectivisation du recours des tiers contre le contrat administratif, par une nouvelle appréhension des raisons d'une telle action, comme des moyens utilisés pour contester la convention, va ainsi dans la pratique bouleverser l'accès au juge de plein contentieux pour de nombreuses catégories de tiers-requérants.

SECTION 2. LES MANIFESTATIONS DE LA DIVERGENCE

L'observation des conditions d'ouverture du recours des tiers contre le contrat administratif peut laisser penser qu'il y a autant de façon d'accéder au juge qu'il existe de requérants potentiels, voire de situations dans lesquelles ils peuvent se trouver. Ce serait toutefois oublier que la subjectivisation du contentieux contractuel des tiers n'a rien de paroxysmique⁷³⁷. Des modalités de contestation du contrat administratif sont donc communes à certains requérants. Par conséquent, la divergence des conditions d'ouverture du recours se structure autour de catégories et de sous-catégories de tiers-requérants. Elle se manifeste à deux niveaux, révélant ainsi les objectifs qui lui ont été assignés.

⁷³⁶ V. à propos du refus de reconnaître l'intérêt à agir de plusieurs associations de protection environnementale en raison du moyen invoqué : « Considérant, [...] qu'en vertu de leurs statuts, l'association de défense et de protection du littoral du golfe de Fos-sur-Mer et le collectif citoyen santé environnement de Port-Saint-Louis-du-Rhône ont pour but respectifs de participer à l'amélioration de la qualité de vie de leurs adhérents et d'agir contre les pollutions dues à l'incinération des déchets et aux activités dans le golfe de Fos-sur-Mer ; [...] ; que si le projet de centre de traitement des déchets faisant l'objet de la délégation de service public est susceptible d'avoir des répercussions importantes sur la qualité de vie et sur l'environnement dans le golfe de Fos-sur-Mer, le montage contractuel retenu, objet de la délibération attaquée, est par lui-même dépourvu de lien avec l'objet statutaire des associations requérantes ; que, par suite, aucune des deux associations ne justifie d'un intérêt suffisant pour demander l'annulation de la délibération [...] ; qu'ainsi, leur demande est également irrecevable et doit être rejetée. » (CE, 11 mai 2016, *Communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole*, *Lebon* p. 162 ; concl. O. HENRARD, *BJCP* 2016 p. 288 ; P. DEVILLERS, *Contrats-Marchés publ.* 2016 comm. 184 ; L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, *AJDA* 2016 p. 1173 ; N. FOULQUIER, *RDI* 2016 p. 549 ; J.-M. PASTOR, *AJDA* 2016 p. 924 ; P. YOLKA, *ibid.* p. 1145).

⁷³⁷ Rappelons que la subjectivisation des conditions d'accès des tiers au juge du contrat concerne seulement les tiers dits ordinaires. Par ailleurs, il est exigé que ces derniers démontrent l'existence d'un intérêt lésé par la passation du contrat ou certaines de ses clauses, sans toutefois requérir la justification d'un droit lésé. Enfin, les moyens invocables par les tiers ordinaires n'ont été rationalisés que dans la mesure où ils dépendent d'un intérêt, non pas d'un droit, lésé.

En premier lieu, la divergence des modalités d'accès au juge du contrat, entre les tiers ordinaires et les tiers privilégiés, conduit à leur attribuer un rôle défini dans la recherche de l'équilibre entre légalité et stabilité des relations contractuelles (§1). En second lieu, l'existence d'une divergence de conditions d'ouverture du recours, au sein-même de la catégorie des tiers ordinaires, témoigne d'une volonté d'accroître la protection du contrat administratif (§2).

§1. UN ACCÈS DIFFÉRENCIÉ

La principale divergence existant au sein des conditions d'ouverture du recours des tiers contre le contrat administratif s'observe à la lecture de l'arrêt *Tarn-et-Garonne*⁷³⁸. La décision distingue explicitement les tiers privilégiés et les tiers ordinaires. Elle reflète la volonté du Conseil d'État d'affecter à chacune de ces deux catégories de requérants une fonction définie au sein du contentieux contractuel. Ainsi, au nom du principe de légalité, les tiers privilégiés bénéficient d'un accès facilité au juge du contrat (A). L'accès des autres tiers est en revanche plus sécurisé au regard de l'objectif de stabilité du contrat administratif (B).

A/ L'accès facilité des tiers privilégiés

Le phénomène de subjectivisation de l'accès des tiers au juge de pleine juridiction n'est pas dénué de sens. Il est le résultat d'une volonté du Conseil d'État d'inscrire la refonte du recours contre le contrat administratif dans une lignée jurisprudentielle favorable à la stabilité des relations contractuelles. Pour autant, cet objectif n'est pas poursuivi au détriment du principe de légalité. C'est la raison pour laquelle les conditions d'ouverture du recours sont favorables à certains tiers.

Le préfet et les élus locaux sont ainsi dispensés de soumettre leur prétention au double filtre de l'intérêt à agir et des moyens invocables à l'appui d'un recours en contestation du contrat administratif. La jurisprudence *Tarn-et-Garonne*⁷³⁹ précise en effet qu'ils n'ont pas à démontrer l'existence d'un intérêt lésé par la passation du contrat ou de certaines de ces

⁷³⁸ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁷³⁹ *Ibid.*

clauses⁷⁴⁰, après avoir affirmé que « compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, [ils] peuvent invoquer tout moyen à l'appui du recours ainsi défini »⁷⁴¹. La fonction du préfet et des élus locaux leur confère un accès direct au prétoire du juge du contrat.

Le premier est expressément responsable des intérêts de l'État. À ce titre, il est investi d'une mission constitutionnelle de contrôle de la légalité de l'action administrative. L'article 72 alinéa 6 de la Constitution dispose ainsi que « [dans] les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'État, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois »⁷⁴². Le principe d'indivisibilité de la République, composante de l'ordre public national⁷⁴³, exige en effet un assujettissement des collectivités au pouvoir législatif⁷⁴⁴. Le respect de la loi par les collectivités est alors assuré au moyen d'un contrôle de l'État sur celles-ci⁷⁴⁵, en particulier juridictionnel⁷⁴⁶. Il est institutionnalisé par le déféré préfectoral⁷⁴⁷. Bien entendu, les contrats administratifs n'échappent pas à la surveillance de l'autorité préfectorale⁷⁴⁸. Concrètement, le représentant de l'État dans le département peut toujours déférer les contrats administratifs par la voie de recours mise en place à la suite de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*⁷⁴⁹.

⁷⁴⁰ « [I] appartient au juge du contrat, après avoir vérifié que l'auteur du recours autre que le représentant de l'État dans le département ou qu'un membre de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine » (*Ibid.*).

⁷⁴¹ *Ibid.*

⁷⁴² V. pour les modalités de mise en œuvre du contrôle de légalité de l'action administrative par le préfet : arts. L. 2131-1 et s., arts. L. 3132-1 et arts. L. 4142-1 CGCT.

⁷⁴³ B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, 6^e éd., Dalloz, 2021, p. 77, §60.

⁷⁴⁴ *Ibid.* p. 79, §65 et s.

⁷⁴⁵ « Les contrôles qui se rapportent, de près ou de loin, à la théorie de la tutelle, sont la conséquence nécessaire de ce que les collectivités décentralisées et leur action ne peuvent s'affirmer contre l'autorité centrale. » (*Ibid.*, p. 723, §834).

⁷⁴⁶ « [Ramenée] à une appréciation portée sur la légalité des actes des collectivités [...], l'actuelle tutelle change de signification. La protection des intérêts nationaux ne saurait prospérer par d'autres voies de droit que le contrôle juridictionnel de la légalité. Il en résulte que tout intérêt de l'État qui ne se trouverait pas traduit dans la loi reste inopposable à l'exercice des compétences des collectivités. » (*Ibid.* p. 732, §846).

⁷⁴⁷ Arts. L. 2131-2 et 2131-6 CGCT pour les communes ; art. L. 3132-1 CGCT pour les départements ; art. L. 4142-1 CGCT pour les régions ; arts. L. 5211-3 CGCT pour les établissements publics de coopération intercommunale.

⁷⁴⁸ CE, 23 décembre 2011, *Ministre de l'Intérieur, Lebon* p. 662 ; concl. B. DACOSTA, *BJCP* 2012 p. 125 ; F. BRENET, *RJEP* Mai 2012 comm. 25 ; A. CLAEYS, *DA* Mars 2012 comm. 27 ; P. DELVOLVÉ, *RFDA* 2012 p. 683 ; R. GRAND, *AJDA* 2012 p. 5 ; R. NOGUELLOU, *RDI* 2012 p. 282 ; M. QUYOLLET, *AJDA* 2012 p. 1064 ; Y compris les contrats non soumis à transmission : CE, 4 novembre 1994, *Département de la Sarthe, Lebon* p. 801 ; concl. C. MAUGÜÉ, *AJDA* 1994 p. 898 ; P. LIGNEAU, *RDSS* 1995 p. 316.

⁷⁴⁹ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

Les élus locaux sont quant à eux les représentants des collectivités territoriales. Leur rôle de garant du principe de légalité peut donc sembler moins évident. D'ailleurs, aucune disposition constitutionnelle ne va en ce sens⁷⁵⁰. Mais s'ils ne sont pas responsables de l'unité de l'État, il semble toutefois qu'ils soient perçus comme des acteurs de premier rang pour la préserver. Le jeu de la démocratie favorise en effet un contrôle interne de l'action administrative au sein des collectivités⁷⁵¹. Sans doute soucieux de la régularité des actes pris par l'exécutif et sa majorité, les élus d'opposition sont les plus susceptibles d'assurer le respect du principe de légalité. C'est en tout cas l'avis exprimé à plusieurs reprises par le rapporteur public Bertrand Dacosta⁷⁵², en complément de ses conclusions sur l'arrêt *Tarn-et-Garonne*⁷⁵³. Après tout, ce rôle de protecteur de la légalité leur a déjà été confié, puisqu'ils sont admis à contester les délibérations prises par l'assemblée à laquelle ils appartiennent en invoquant tout moyen⁷⁵⁴. Il peut en outre trouver son fondement dans la charte de l'élu local issue de l'article L. 1111-1-1 du Code général des collectivités territoriales, qui dispose notamment que « dans l'exercice de son mandat, l'élu local poursuit le seul intérêt général, à l'exclusion de tout intérêt qui lui soit personnel, directement ou indirectement, ou de tout autre intérêt particulier »⁷⁵⁵.

Les intérêts servis par le préfet et les élus locaux, dont découle leur mission de surveillance de la légalité de l'action administrative, justifient par conséquent une importante ouverture du recours contre le contrat administratif. Pour ces tiers privilégiés, il revêt toujours une dimension objective. Il faut dire que le représentant de l'État comme les

⁷⁵⁰ « Cette promotion des élus locaux ne va pas de soi constitutionnellement parlant, même si plusieurs auteurs se sont référés au principe de libre administration et si le Conseil d'État fait aussi référence, comme pour le préfet, aux intérêts dont ils ont la charge. » (J.-F. LAFAIX, « L'intérêt à agir devant le juge du contrat », préc.).

⁷⁵¹ « Les élus locaux exercent une fonction de contre-pouvoir : ils veillent au respect de la légalité par la collectivité à laquelle ils appartiennent. » (H. HOEPFNER, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 930, §1135).

⁷⁵² « C'est que l'élu local d'opposition, compte tenu du caractère pas toujours très efficace du déferé préfectoral, est souvent celui qui va faire respecter le principe de légalité en matière contractuelle. » (B. DACOSTA, « Table ronde à propos de l'arrêt CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne* », préc.). « Comme le relevait le commissaire du gouvernement Gilles Bachelier en concluant sur la décision *Ville de Meudon*, « ouvrir à la minorité de l'assemblée territoriale le droit de contester sur le terrain contentieux les délibérations à l'adoption desquelles elle s'est opposée en vain » est sans doute le meilleur moyen de faciliter le contrôle de l'action des collectivités territoriales ... » (B. DACOSTA, « Esquisse d'une typologie des requérants en matière contractuelle », *AJDA* 2014 p. 2049).

⁷⁵³ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁷⁵⁴ CE, 24 mai 1995, *Ville de Meudon*, *Lebon* p. 208.

⁷⁵⁵ Art. L. 1111-1-1 §2.

membres des organes délibérants des collectivités ne risquent pas d'être personnellement atteints par la passation du contrat. L'exigence d'un intérêt lésé de façon suffisamment directe et certaine est donc totalement inopportune⁷⁵⁶. La décision *Tarn-et-Garonne*⁷⁵⁷ dispense ainsi le préfet et les élus locaux de démontrer un intérêt lésé, voire plus largement un quelconque intérêt à agir. Elle affirme sans condition, la recevabilité du recours des tiers privilégiés contre le contrat administratif en ces termes : « cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'État dans le département dans l'exercice de son contrôle de légalité »⁷⁵⁸.

À ce stade de la décision, le Conseil d'État n'évoque même pas les intérêts dont ces derniers ont la charge. Il leur reconnaît directement une qualité à agir, parce que leur intérêt à agir serait présumé de manière irréfragable. Le Professeur René Chapus rappelle en ce sens « [qu'une] formule jurisprudentielle usuelle énonce qu'un requérant a intérêt » et par suite qualité » à agir ; ou bien qu'il est sans intérêt « et par suite sans qualité » à agir »⁷⁵⁹. Or l'intérêt à agir peut se manifester sous des formes très diverses. Il n'est pas nécessairement strictement individuel et privé⁷⁶⁰. Dans le cas du préfet et des élus locaux, l'intérêt à agir est constitué par des intérêts publics – ceux de l'État et des collectivités locales ou de leurs groupements, voire par l'intérêt général. Ils commandent de respecter le principe de légalité au nom de l'indivisibilité de la République. L'intérêt à agir du représentant de l'État et des membres de l'assemblée délibérante des collectivités est donc automatiquement établi. La qualité de préfet et d' élu local emporte reconnaissance d'un intérêt à agir et par conséquent d'une qualité à agir contre le contrat administratif. La démonstration d'un intérêt à agir n'est pas requise, car ce dernier découle de la fonction des tiers privilégiés.

Par ailleurs, ces derniers peuvent également invoquer tout moyen à l'appui de leur recours contre le contrat administratif. Cette faculté résulte là encore de leur mission de contrôle de la légalité de l'action administrative. Le Conseil d'État la justifie d'ailleurs au

⁷⁵⁶ « Comme pour le préfet, les intérêts dont les élus locaux ont la charge sont institutionnels, si bien qu'il n'y a pas beaucoup de sens à s'interroger sur l'incidence concrète de la conclusion ou des clauses du contrat sur leurs intérêts personnels. » (J.-F. LAFAIX, « L'intérêt à agir devant le juge du contrat », préc.).

⁷⁵⁷ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁷⁵⁸ *Ibid.*

⁷⁵⁹ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., LGDJ, 2008, p. 475, n° 569.

⁷⁶⁰ *Ibid.*, pp. 469-472 n° 565-567.

regard « des intérêts dont [le préfet et les élus locaux] ont la charge »⁷⁶¹. Il y a deux façons d'analyser cette précision, qui rappelons-le n'a pas été fournie au stade de l'appréciation de l'intérêt à agir⁷⁶². Dans un premier cas de figure, le recours des tiers privilégiés contre le contrat administratif est autant objectif que le recours en excès de pouvoir. Leur intérêt à agir est alors apprécié par rapport aux conclusions, c'est-à-dire à l'objet de la demande. Aussi, dès lors que sa demande est recevable, le requérant privilégié peut invoquer tout moyen⁷⁶³. À ce moment-là, il est inutile d'indiquer que cette capacité repose sur les intérêts représentés par le préfet et les élus locaux. Dans un second cas de figure en revanche, l'appréhension du recours n'est que partiellement objective. Autrement dit, l'intérêt à agir dépend des moyens soulevés. Il est donc nécessaire de préciser la raison pour laquelle il est possible d'invoquer tout moyen, puisqu'en principe, dans cette hypothèse, cette option n'est pas envisageable. Or le fait de pouvoir soulever n'importe quel moyen va permettre de démontrer l'existence de l'intérêt à agir, bien qu'il soit en présumé. Il est difficile de préjuger de l'approche retenue par le Conseil d'État. En tout état de cause, une conception libérale de l'intérêt à agir va nécessairement de pair avec l'invocabilité de tous les moyens, d'autant plus lorsqu'il est question de veiller au respect du principe de légalité.

En pratique, les cas d'application de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*⁷⁶⁴ confirment l'importante ouverture du recours contre le contrat administratif aux tiers privilégiés. Ainsi par exemple, le président d'une communauté de communes peut invoquer un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence du contrat signé par un syndicat mixte dont la collectivité fait partie⁷⁶⁵. Cette facilité d'accès se retrouve également dans le cadre du référé-suspension pouvant être assorti au recours principal⁷⁶⁶. Ainsi, « pour apprécier si la condition d'urgence est remplie, le juge des référés peut prendre en compte

⁷⁶¹ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁷⁶² V. *supra*.

⁷⁶³ « [Le] principe est que l'intérêt est apprécié, non au regard des moyens invoqués, mais par rapport aux conclusions dont le juge est saisi, c'est-à-dire par rapport à l'objet de la demande. Il en résulte que, dès lors que le requérant a intérêt à obtenir ce qu'il demande, il a intérêt à se prévaloir de tous moyens qui lui paraissent utiles ; c'est-à-dire qu'un moyen ne peut pas être rejeté pour défaut d'intérêt du requérant à l'invoquer. » (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 468, n° 564).

⁷⁶⁴ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁷⁶⁵ CE, 10 octobre 2018, *Virapoullé* ; S. DOUTEAUD, *AJDA* 2019 p. 225 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2018 comm. 281

⁷⁶⁶ « [Les] requérants peuvent éventuellement assortir leur recours d'une demande tendant, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de l'exécution du contrat » (CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.).

tous éléments, dont se prévalent [les] requérants, de nature à caractériser une atteinte suffisamment grave et immédiate à leurs prérogatives ou aux conditions d'exercice de leur mandat, aux intérêts de la collectivité ou du groupement de collectivités publiques dont ils sont les élus ou, le cas échéant, à tout autre intérêt public »⁷⁶⁷. C'est notamment le cas lorsque le coût des travaux prévus par le contrat risque d'affecter de façon substantielle les finances de la collectivité et que l'engagement de ces travaux est imminent et difficilement réversible⁷⁶⁸.

En revanche, deux questions restent en suspens. La première est celle de savoir si les membres d'organes consultatifs des collectivités locales, par exemple le conseil économique, social et environnemental d'une région, pourraient bénéficier d'un accès au juge du contrat dans les mêmes conditions que les tiers privilégiés⁷⁶⁹. Le juge administratif ne s'est pas encore prononcé sur ce point, mais le Conseil d'État a précisé, dès l'arrêt *Tarn-et-Garonne*⁷⁷⁰, que cette facilité d'accès au recours contre le contrat administratif concerne uniquement les membres de l'organe *délibérant* de la collectivité ou du groupement de collectivité⁷⁷¹. La seconde question se pose dans les mêmes termes pour les personnes publiques autres que les collectivités locales et leurs groupements, tels que les établissements publics⁷⁷². Sur ce point, le Conseil d'État a répondu par la négative, à l'occasion d'un recours initié par une agence régionale de santé⁷⁷³. Il a en effet précisé qu'en l'absence de disposition législative lui attribuant qualité pour agir, cette dernière ne justifie pas en cette seule qualité d'agence régionale de santé, d'un intérêt à agir et doit au contraire démontrer l'existence d'un intérêt lésé de façon suffisamment directe et certaine⁷⁷⁴.

⁷⁶⁷ CE, 18 septembre 2017, *Communauté de communes de la Dombes*, n° 408894 ; S. HUL, *AJCT* 2018 p. 40 ; E. MAUPIN, *AJDA* 2017 p. 1751.

⁷⁶⁸ *Ibid.*

⁷⁶⁹ M. DE MONSEMBERNARD, « Contrats de la commande publique : contentieux de la validité », *Rép. Cont. Adm.*, n° 202.

⁷⁷⁰ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁷⁷¹ *Ibid.*

⁷⁷² M. DE MONSEMBERNARD, « Contrats de la commande publique : contentieux de la validité », *Rép. Cont. Adm.*, n° 202.

⁷⁷³ CE, 2 juin 2016, *Ministre des affaires sociales*, concl. G. PELLISSIER, *BJCP* 2016 p. 378 ; S. HUL, *AJCT* 2016 p. 513 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2016 comm. 218 ; D. POUPEAU, *AJDA* 2016 p. 1150.

⁷⁷⁴ « [Le] législateur a ainsi entendu définir les modalités d'exercice par l'agence régionale de santé de son contrôle sur les actes des établissements publics de santé de son ressort, sans inclure notamment celui des marchés publics ; qu'il suit de là qu'une agence régionale de santé ne peut, en cette seule qualité, être regardée comme justifiant d'un intérêt lui donnant qualité pour demander au juge administratif d'annuler ou de suspendre un marché public ; qu'il lui appartient, au contraire, comme à tout tiers, de démontrer qu'elle a

L'accès facilité au juge du contrat se limite donc à deux catégories précises de tiers, auxquels on a confié une mission de contrôle de la légalité de l'action administrative. L'hypothèse reste cependant exceptionnelle. En effet, les conditions d'ouverture du recours contre le contrat administratif à la grande majorité des tiers ont été conçues afin d'assurer la stabilité des relations contractuelles.

B/ L'accès rationalisé des tiers ordinaires

Les quelques caractéristiques du recours des tiers contre le contrat administratif empruntées au contentieux objectif se limitent aux conditions d'accès des tiers privilégiés au juge du contrat, ainsi qu'à la possibilité d'invoquer des vices « d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office »⁷⁷⁵. Cette faculté est la seule qui puisse permettre aux tiers ordinaires d'apporter leur concours à la sauvegarde du principe de légalité. En dehors de cette hypothèse, ils sont soumis à des modalités d'accès au juge du contrat dont l'approche est subjective, autrement dit rationalisée. Ce pragmatisme adopté par le Conseil d'État dévoile en filigrane l'intention d'assurer la stabilité des relations contractuelles.

Cet objectif, poursuivi depuis plus d'une décennie déjà, rythme chacun des revirements jurisprudentiels en matière de contentieux contractuel administratif. La dernière grande étape à franchir afin de sécuriser les relations contractuelles consistait à instaurer un système protégeant le contrat administratif des contestations de la part de tiers autres que les concurrents évincés de la passation. Or les conditions d'ouverture du recours, qu'il s'agisse de celles relatives à la recevabilité de la demande ou à l'invocabilité des moyens, constituent l'un des principaux leviers permettant de garantir la sécurité juridique du contrat⁷⁷⁶. Les enjeux vont même au-delà de la seule stabilité des relations contractuelles : il est question d'efficacité de l'action publique, en assurant d'une part la continuité du service public et d'autre part la bonne gestion des deniers publics. C'est pourquoi ces considérations

été lésée dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation ou les clauses d'un tel marché pour en contester la validité ou demander la suspension de l'exécution de ce marché » (*Ibid.*).

⁷⁷⁵ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁷⁷⁶ V. notamment en ce sens : F. MELLERAY, « À propos de l'intérêt donnant qualité à agir en contentieux administratif. Le moment 1900 et ses suites. », préc.

l'emportent désormais sur le principe de légalité⁷⁷⁷, y compris lorsque les tiers sont à l'initiative du recours.

Le changement de paradigme est relevé par de nombreux auteurs. Le Professeur Jean-François Lafaix souligne ainsi que « [ce qui se joue ici, c'est l'efficacité des politiques publiques. En effet, cette efficacité requiert que les conditions de légalité de l'action publique, qui en conditionnent l'utilité sociale, soient respectées. Mais l'efficacité de l'action publique suppose aussi que les instruments employés, dont les contrats, présentent un degré de stabilité suffisant pour atteindre l'objectif visé par cette action, à un coût raisonnable. Or l'instabilité constitue un risque dont le coût est anticipé et qui renchérit l'action publique »⁷⁷⁸. Au stade des conclusions sur l'arrêt *Tarn-et-Garonne*⁷⁷⁹ où il envisageait le degré d'ouverture du recours, le rapporteur public avait déjà avancé ces arguments. Selon Bertrand Dacosta en effet, « [le] contrat administratif peut être également l'instrument d'une politique publique dont il organise la mise en œuvre, l'expression de décision dont, à un stade ultérieur, il ne sera plus possible de contester que l'application, non le principe lui-même. Le contrat administratif est aussi, bien souvent, en particulier dans le domaine de la commande publique, le support de choix qui affectent les finances publiques. »

D'aucuns considèrent plutôt que les conditions d'accès des tiers au prétoire du juge du contrat conduisent à satisfaire des intérêts économiques privés. Le Professeur Franck Laffaille affirme ainsi « [qu'on] ne saurait étudier les effets de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne* sans rappeler qu'elle est en parfaite symbiose avec la politique économique des pouvoirs publics depuis plusieurs décennies : le transfert d'activités dites d'intérêt général au profit d'opérateurs privés. [...] On ne peut éluder le contexte juridique/économique au sein duquel se meut cette jurisprudence : la privatisation des services publics, la délégation des services publics. [...] La jurisprudence *Tarn-et-Garonne* prend notamment sens au regard de la question des (pré)financements des opérations publiques ayant une origine privée. La

⁷⁷⁷ « [La] recherche d'une plus grande sécurité juridique - au sens de stabilité des relations contractuelles - est devenue le nouveau paradigme du contentieux contractuel, en renvoyant au second plan l'impératif de légalité objective » (S. DYENS, « Le recours « Tarn-et-Garonne » : quand la sécurité juridique prime sur la légalité », *AJCT* 2014 p. 375).

⁷⁷⁸ J.-F. LAFAIX, « L'intérêt à agir devant le juge du contrat », préc.

⁷⁷⁹ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

sécurisation - par le juge - des transactions contractuelles économiques ne permet-elle pas de rassurer nombre d'investisseurs privés redoutant des contentieux « périphériques » ? »⁷⁸⁰.

Quoiqu'il en soit, la protection de la stabilité des relations contractuelles s'impose aux tiers ordinaires, contraints de respecter des conditions d'ouverture du recours mises en place pour assurer la sécurité juridique du contrat administratif. D'ailleurs, leurs chances d'accès au prétoire du juge varient également en fonction de leur qualité, avec comme dénominateur commun une limitation de l'ouverture du recours contre le contrat administratif.

§2. UN ACCÈS LIMITÉ

Les modalités d'accès au juge du contrat auxquelles sont soumis les tiers ordinaires, lesquels représentent la quasi-totalité des requérants, constituent la norme. L'ouverture du recours des tiers contre le contrat administratif est donc par principe limitée. Pour cause : l'approche du recours « Tarn-et-Garonne » est avant tout subjective. Mais de ce fait également, l'accès au prétoire du juge varie en fonction de la situation propre à chaque tiers ordinaire, dans laquelle l'intérêt lésé et les moyens invoqués s'apprécient souvent différemment de ceux d'un autre requérant qui attaquerait le même contrat. Par-delà les divergences de conditions de recevabilité entre les tiers privilégiés et les tiers ordinaires, il y a donc entre ces derniers d'importantes disparités d'accès. Il apparaît en effet que l'ouverture du recours contre le contrat administratif est davantage resserrée pour les opérateurs économiques (A) que pour les autres tiers ordinaires (B).

A/ L'accès sensiblement limité des opérateurs économiques

Les opérateurs économiques sont les principaux acteurs de la commande publique. Ils désignent « toute personne physique ou morale, publique ou privée, ou tout groupement de personnes doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services »⁷⁸¹. Deux

⁷⁸⁰ F. LAFFAILLE, « La jurisprudence *Tarn-et-Garonne* ou le tiers « sans qualité » », *AJDA* 2018 p. 1201.

⁷⁸¹ Art. L. 1220-1 CCP.

profils peuvent alors se dégager au sein de cette catégorie. On distingue ceux qui sont susceptibles d'avoir intérêt à conclure eux-mêmes des contrats administratifs de ceux qui sont susceptibles d'avoir intérêt à ce que des contrats administratifs soient conclus par d'autres opérateurs, dont va dépendre leur propre activité.

Les premiers représentent les requérants les plus nombreux à contester lesdits contrats, puisque ce sont des concurrents, voire des candidats évincés⁷⁸² de leur attribution. Il n'est donc pas hasardeux que l'ouverture du recours soit pour eux la plus restreinte⁷⁸³. Elle l'est d'autant plus lorsqu'on la compare à l'accès dont ils profitaient sous l'empire de la jurisprudence précédant la décision *Tarn-et-Garonne*⁷⁸⁴. Rappelons en effet que l'intérêt à agir des concurrents évincés s'entendait de façon libérale : « tout requérant qui aurait eu intérêt à conclure le contrat alors même qu'il n'aurait pas présenté sa candidature, qu'il n'aurait pas été admis à présenter une offre, ou qu'il aurait présenté une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable »⁷⁸⁵ était recevable à contester un contrat administratif devant le juge de plein contentieux⁷⁸⁶. Dans ces conditions, l'intérêt à agir était facilement admis. Si l'éviction du concurrent ne lui fait pas nécessairement perdre de l'argent⁷⁸⁷, elle est effectivement une occasion manquée d'en gagner. En contestant la conclusion du contrat administratif, les concurrents évincés cherchent alors à obtenir une nouvelle chance de le signer à la place du candidat retenu, de sorte à bénéficier du montant en jeu⁷⁸⁸. De ce point de vue, l'intérêt à

⁷⁸² La notion de concurrent s'entend ici comme regroupant les opérateurs économiques qui auraient eu un intérêt à conclure le contrat administratif, qu'ils aient ou non présentés une offre à son attribution (v. en ce sens : CE Avis, 11 avril 2012, *Société Gouelle*, préc.). Elle est proche, mais ne doit pas être confondue avec celle de candidat, dont la démarche est plus active, puisqu'il s'agit « [d'un] opérateur économique qui demande à participer ou est invité à participer à une procédure de passation d'un contrat de la commande publique » (art. L. 1220-2 CCP). Dans notre étude cependant, nous considérons le candidat comme celui qui a manifesté sa volonté de participer à la procédure de passation du contrat administratif en déposant ou en tentant de déposer une offre.

⁷⁸³ V. en ce sens : O. HENRARD, concl. sur CE Sect., 5 février 2016, *Syndicat mixte des transports en commun Hérault Transport c/ Société Voyage Guirette*, *BJCP* 2016 p. 218 et *RFDA* 2016 p. 301. V. dans le sens contraire : A. BRETONNEAU et J. LESSI, « Contentieux contractuel : la révolution rentre au port », *AJDA* 2014 p. 1035 ; J.-F. LAFAIX, « L'intérêt à agir devant le juge du contrat », préc.

⁷⁸⁴ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁷⁸⁵ CE Avis, 11 avril 2012, *Société Gouelle*, préc.

⁷⁸⁶ *Ibid.*

⁷⁸⁷ À condition qu'ils n'aient pas engagés de frais pour présenter leur offre.

⁷⁸⁸ « Les concurrents évincés sont affectés par la conclusion du contrat avec un autre partenaire, voire aussi par certaines clauses (comme les clauses de tacite reconduction, par exemple). Dans la plupart des cas, la lésion tient à l'existence même du contrat, qui les empêche de se voir attribuer les prestations qui en constituent l'objet tant que le contrat subsiste, puisque c'est un autre qui a fait affaire avec l'Administration. » (J.-F. LAFAIX, « L'intérêt à agir devant le juge du contrat », préc.).

agir des concurrents évincés était *a priori* directement déduit de leur qualité⁷⁸⁹. Mais l'arrêt *Tarn-et-Garonne*⁷⁹⁰ a laissé peu de chance au maintien de leurs conditions d'accès au juge de plein contentieux. Au contraire, les précisions ultérieures apportées à la décision⁷⁹¹, ainsi que la mise en œuvre du recours des tiers contre le contrat administratif, ont progressivement dévoilé une acception plus stricte de l'intérêt à agir des concurrents évincés.

Aujourd'hui, l'exigence d'un intérêt lésé de façon suffisamment directe et certaine entraîne la mise à l'écart d'un certain nombre de ces concurrents, auparavant recevables à contester un contrat administratif. Le seul fait d'avoir un hypothétique intérêt à conclure le contrat, ce qui est facile à démontrer lorsque les prestations proposées correspondent à l'objet de ce dernier, ne suffit plus. La passation du contrat doit entraîner des répercussions manifestes sur la situation du requérant. Concrètement, la reconnaissance d'un intérêt lésé dans le cadre d'un recours « Tarn-et-Garonne » suppose ici que le requérant ait eu la réelle intention d'obtenir le contrat sans y parvenir ; soit que son offre ait été rejetée, soit qu'il ait été empêché de présenter sa candidature⁷⁹². Une offre, même irrégulière, témoigne expressément d'une volonté de conclure le contrat. Ainsi, le Conseil d'État a pu juger que la circonstance que l'offre ait été rejetée comme irrégulière n'est pas de nature à priver le requérant de la possibilité d'exercer le recours⁷⁹³. Il en va de même en présence d'une offre inacceptable et alors que des motifs illégitimes animeraient la démarche contentieuse du requérant⁷⁹⁴. Mais en tout état de cause, si la candidature du requérant aide à constituer un

⁷⁸⁹ « Le concurrent évincé n'est lésé, lui, que parce qu'il se trouve exclu de la sphère contractuelle. Il tire son intérêt de sa qualité de cocontractant potentiel. » (B. DACOSTA, « Esquisse d'une typologie des requérants en matière contractuelle », *AJDA* 2014 p. 2049).

⁷⁹⁰ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁷⁹¹ *Ibid.*

⁷⁹² « Considérant que si la société requérante n'est pas un concurrent dont la candidature ou l'offre a été rejetée ou qui aurait été empêché de présenter sa candidature [...], elle ne justifie pas d'un intérêt lésé pouvant la rendre recevable à contester la validité du contrat en cause » (CE, 14 octobre 2015, *Région Réunion*, concl. G. PELLISSIER, *BJCP* 2016 p. 71 ; S. BRACONNIER, *RDI* 2015 p. 583 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2015 act. 866 ; S. HUL, *AJCT* 2016 p. 115 ; J. MARTIN, *JCP A* 2016 p. 2074 ; D. POUPEAU, *AJDA* 2015 p. 1949 ; M. UBAUD-BERGERON, *Contrats-Marchés publ.* Déc. 2015 comm. 297).

⁷⁹³ CE, 9 novembre 2018, *Sociétés Cerba et Daklapack Europe B.V., Lebon* p. 407, concl. G. PELLISSIER ; M.-C. DE MONTECLER, *AJDA* 2018 p. 2215 ; M. UBAUD-BERGERON, *Contrats-Marchés publ.* 2019 comm. 24.

⁷⁹⁴ « Il résulte de l'instruction que la SAGEM a présenté une offre dans le cadre de la procédure de passation concernant la concession en litige. Ainsi, et quand bien même son offre aurait-elle pu être rejetée comme irrégulière ou inacceptable par la commune de Saint-Tropez, la société requérante, en sa qualité de concurrent évincé, avait bien intérêt à demander l'annulation de la convention litigieuse. Est sans incidence à cet égard la circonstance que la démarche contentieuse engagée par la SAGEM serait animée par des motifs

intérêt à agir, elle ne prouve pas *de facto* qu'il a été lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine⁷⁹⁵.

Dans le cas où le requérant aurait souhaité se porter candidat, mais n'a pas proposé d'offre, il devra prouver avoir été irrégulièrement empêché de présenter sa candidature⁷⁹⁶. Ainsi par exemple, l'intérêt lésé d'un titulaire pourra être reconnu, même si sa propre défaillance dans l'exécution du contrat a conduit à la conclusion d'un marché de substitution, dans le cas où ce dernier a été passé sans mise en concurrence⁷⁹⁷. L'évolution de l'appréciation de l'intérêt à agir des conseils régionaux de l'ordre des architectes est également très caractéristique de ce niveau d'exigence au stade de la recevabilité⁷⁹⁸. Afin d'assurer les intérêts de la profession⁷⁹⁹, lesdits conseils peuvent en effet être amenés à contester la passation de certains contrats administratifs ayant eu pour effet d'évincer certains concurrents, voire l'ensemble d'entre eux⁸⁰⁰. Pour ne s'appuyer que sur cet exemple, c'est le cas lorsqu'ils attaquent la décision d'attribution d'un marché en raison de l'absence dans l'appel d'offres de mention prévoyant le versement d'une prime aux candidats non retenus⁸⁰¹. Cette prime est la contrepartie de la participation des candidats à la procédure de passation, laquelle nécessite parfois un investissement important. Elle a

prétendument illégitimes. » (CE 15 mars 2019, *Société anonyme gardéenne d'économie mixte (SAGEM)*, *Lebon* p. 63 ; concl. O. HENRARD, *BJCP* 2019. 189 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2019. 2175 ; S. HUL, *ibid.* actu. 177 ; E. MAUPIN, *AJDA* 2019 p. 606 ; L. SOURZAT, *ibid.* p. 1459 ; P. VILLENEUVE, *AJCT* 2019 p. 294). Dans cette affaire, la reconnaissance d'un intérêt à agir a pu être favorisée par la présence d'un vice d'une particulière gravité entachant la procédure de passation.

⁷⁹⁵ V. par ex. : « [Au] demeurant la société Eiffage Énergie Val de Loire, partie prenante à la négociation, ne se prévaut d'aucun intérêt susceptible d'avoir été lésé de façon suffisamment directe et certaine par le vice invoqué, tiré du manquement aux principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats, si celui-ci avait été constitué » (CAA Nantes, 22 décembre 2017, *Société Eiffage Energie Val de Loire*, n° 16NT01413).

⁷⁹⁶ TA Lille, 8 novembre 2018, *Société Groupe Eurotunnel SE*, n° 1503245 ; concl. M. Banvillet, *BJCP* 2019 p. 141 ; *AJDA* 2019 p. 494.

⁷⁹⁷ CAA Nancy, 23 juillet 2019, *Société Iserba*, n°s 18NC01517 et 18NC01518.

⁷⁹⁸ Bien que les conseils de l'ordre ne soient pas en tant que tel des concurrents évincés, ils représentent ces derniers. Aussi, il nous paraît opportun d'étudier leurs conditions d'accès au juge du contrat au même titre que les autres opérateurs économiques, d'autant plus en raison du rôle des architectes dans l'exécution de la commande publique.

⁷⁹⁹ Art. 26 loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture : « Le conseil national et le conseil régional de l'ordre des architectes concourent à la représentation de la profession auprès des pouvoirs publics. Ils ont qualité pour agir en justice en vue notamment de la protection du titre d'architecte et du respect des droits conférés et des obligations imposées aux architectes par les lois et règlements. En particulier, ils ont qualité pour agir sur toute question relative aux modalités d'exercice de la profession ainsi que pour assurer le respect de l'obligation de recourir à un architecte. ».

⁸⁰⁰ Il en va ainsi lorsque le pouvoir adjudicateur choisi de recourir à un contrat ou une procédure entraînant une restriction de l'accès au marché des architectes.

⁸⁰¹ Art. 74 CMP [abrogé] ; arts. R. 2172-4 et s. CCP.

pour objectif d'assurer une égalité dans les chances d'accès au marché, y compris pour les plus petits concurrents qui seraient alors découragés de participer sans contrepartie financière. Or, avant la décision *Tarn-et-Garonne*⁸⁰² les conseils régionaux de l'ordre des architectes justifiaient dans ce cas, en excès de pouvoir⁸⁰³, d'un intérêt à agir⁸⁰⁴. Désormais, la démonstration d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine devant le juge du contrat requiert qu'ils établissent « l'existence d'irrégularités ayant lésé de façon suffisamment directe et certaine les intérêts collectifs des membres de la profession d'architecte »⁸⁰⁵. Or, l'absence de dispositions prévoyant le versement d'une prime aux candidats ayant déposé une offre « ne révèle aucun manquement du pouvoir adjudicateur de nature à exercer une influence sur l'accès au marché des membres de la profession d'architecte ou d'affecter les modalités d'exercice de cette profession »⁸⁰⁶. Il en résulte que les conseils régionaux de l'ordre des architectes ne démontrent pas l'existence d'un intérêt lésé leur donnant qualité pour agir dans cette hypothèse⁸⁰⁷. Au-delà de ce cas de figure, la tendance générale est à la restriction de l'intérêt à agir des conseils de l'ordre

⁸⁰² CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁸⁰³ N'étant pas directement des concurrents évincés, ils n'entraient pas dans le champ d'application du recours « Tropic ».

⁸⁰⁴ « Considérant qu'il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que la cour administrative d'appel de Marseille, sans rechercher si, en l'espèce, l'investissement que devait consentir les architectes candidats pour établir leur offre était significatif, a jugé que l'absence, dans l'avis d'appel à concurrence du marché litigieux, de dispositions prévoyant l'allocation de primes pour les candidats non retenus était de nature à limiter l'accès des architectes à ce marché et qu'elle était ainsi susceptible d'affecter les modalités d'exercice de cette profession ; qu'elle en a déduit que le conseil régional de l'ordre des architectes justifiait d'un intérêt lui donnant qualité pour demander l'annulation de l'attribution du marché de maîtrise d'œuvre litigieux ; qu'en statuant ainsi, la cour n'a entaché son arrêt ni d'erreur de droit ni d'insuffisance de motivation » (CE, 17 mai 2017, *Communauté de communes de Petite Camargue*, n° 396034, confirmant CAA Marseille, 9 novembre 2015, *Conseil régional de l'ordre des architectes du Languedoc-Roussillon*, n° 15MA01938 ; H. HOEPPFNER, *Contrats-Marchés publ.* Janvier 2016 comm. 24).

⁸⁰⁵ V. par ex. CAA Nancy, 28 décembre 2017, *Conseil régional de l'ordre des architectes de Lorraine c/ Commune de Raon-l'Étape*, n° 16NC01207 ; J.-M. FAVRET, *AJDA* 2018 p. 909 ; H. HOEPPFNER, *Contrats-Marchés publ.* Mars 2018 comm. 76.

⁸⁰⁶ *Ibid.*

⁸⁰⁷ *Ibid.*

des architectes⁸⁰⁸ comme l'a confirmé le Conseil d'État⁸⁰⁹ et, plus généralement, de celui des ordres professionnels⁸¹⁰. Il faut en déduire que la défense des intérêts des opérateurs économiques ne peut plus s'organiser à grande échelle. Le caractère subjectif du recours « Tarn-et-Garonne » en est évidemment responsable. C'est aux concurrents évincés qu'il revient de défendre leurs propres intérêts, appréciés individuellement.

La démonstration d'un intérêt lésé peut cependant être établie en dehors de l'hypothèse d'une éviction directe (rejet de l'offre) ou indirecte (obstacle à la présentation de l'offre) de la procédure de passation⁸¹¹, par les opérateurs économiques ayant intérêt à ce que le contrat soit conclu avec un autre cocontractant que celui retenu. La recevabilité du recours impliquera toutefois pour eux une recherche encore plus approfondie de la lésion d'un intérêt donnant qualité pour agir. Pour cette raison, aucune qualité ne préjuge d'un quelconque intérêt lésé ouvrant le prétoire du juge de plein contentieux à un opérateur économique. Le Conseil d'État a notamment eu l'occasion de l'affirmer dans l'arrêt *Région Réunion* de 2015⁸¹². Ainsi, une société sous-traitante d'un groupement d'entreprises « n'est pas un concurrent dont la candidature ou l'offre a été rejetée ou qui aurait été empêché de présenter sa candidature et [...] en sa seule qualité de société susceptible d'intervenir en qualité de sous-traitante, [...] ne justifie pas d'un intérêt lésé pouvant la rendre recevable à contester la validité du contrat en cause »⁸¹³. Elle peut cependant se voir reconnaître un intérêt lésé de façon suffisamment directe et certaine, par exemple dans le cas particulier où

⁸⁰⁸ V. pour un point de comparaison entre la recevabilité dans le cadre d'un recours en excès de pouvoir et dans le cadre d'un recours de plein contentieux : CE, 28 décembre 2001, *Conseil régional de l'ordre des architectes d'Auvergne, Lebon* p. 682 ; J.-D. DREYFUS, *RDI* 2002 p. 223 ; J.-P. PIÉTRI, *Contrats-Marchés publ.* 2002 comm. 61 ; CAA Marseille, 9 novembre 2015, *Conseil régional de l'ordre des architectes du Languedoc-Roussillon*, préc. ; CE, 17 mai 2017, *Communauté de communes de Petite Camargue*, préc. ; CAA Versailles, 22 février 2018, *Ordre national des architectes*, n° 15VE00035, H. HOEPFFNER, *Contrats-Marchés publ.* 2018 comm. 79 ; CAA Nancy, 28 décembre 2017, *Conseil régional de l'ordre des architectes de Lorraine c/ Commune de Raon-l'Étape*, préc. ; CAA Nancy, 28 décembre 2017, *Conseil régional de l'ordre des architectes de Lorraine c/ Commune de Vigy*, n° 16NC01209, J.-M. FAVRET, *AJDA* 2018 p. 909.

⁸⁰⁹ CE, 3 juin 2020, *Département de Loire-Atlantique*, n°s 426932, 426933 et 426938.

⁸¹⁰ Refusant l'intérêt à agir du Conseil national des barreaux contre un marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage : CE, 20 juillet 2021, *Société Espelia*, n° 443346.

⁸¹¹ « Une personne qui s'est portée candidate à l'obtention d'un contrat de la commande publique ou qui a été empêchée de le faire nous semble donc avoir de ce fait un intérêt suffisant à contester la validité du contrat. En revanche, la personne qui ne s'est pas portée candidate et qui ne soutient pas avoir été privée de la possibilité de le faire, qui ne peut donc se prévaloir d'aucun intérêt tiré d'une éviction de la procédure, devra établir être lésée dans d'autres de ses intérêts pour être recevable à agir. » (G. PELLISSIER, concl. sur CE, 9 novembre 2018, *Sociétés Cerba et Daklapack Europe B.V.*, préc.).

⁸¹² CE, 14 octobre 2015, *Région Réunion*, préc.

⁸¹³ *Ibid.*

« l'offre d'un des groupements candidats reposait sur la technologie [qu'elle] fournit »⁸¹⁴. En d'autres termes, lorsque le sous-traitant est pratiquement certain de conclure un contrat avec l'entrepreneur avec lequel il sous-traite, alors que celui-ci n'a pas été retenu pour devenir titulaire du contrat principal, le sous-traitant est alors recevable à attaquer le contrat conclu avec un autre entrepreneur⁸¹⁵. D'aucuns y voient une plus grande ouverture du recours, au profit d'autres acteurs économiques que les concurrents évincés⁸¹⁶. La portée de cette solution doit toutefois être relativisée, dans la mesure où elle repose sur un cas très singulier⁸¹⁷.

L'accès des opérateurs économiques au juge du contrat administratif est d'ailleurs d'autant plus restreint qu'il dépend aussi des moyens soulevés. Or de ce point de vue également, la marge de manœuvre laissée à ces requérants est moins importante que par le passé. En 2012 en effet, le Conseil d'État avait précisé dans son avis *Société Gonelle*⁸¹⁸ que le concurrent évincé pouvait invoquer tout moyen à l'appui de son recours, le caractère opérant des moyens ainsi soulevés n'étant pas subordonné à la circonstance que les vices auxquels ces moyens se rapportent aient été susceptibles de léser le requérant⁸¹⁹. L'arrêt *Tarn-et-Garonne*⁸²⁰ a marqué une réelle rupture avec cette jurisprudence, en posant l'exacte condition inverse⁸²¹. Par conséquent, « [le] tiers agissant en qualité de concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif ne peut ainsi, à l'appui d'un recours contestant la validité de ce contrat, utilement invoquer, outre les vices d'ordre public, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction »⁸²². Comme le précise le Professeur Jean-François Lafaix à propos de ce

⁸¹⁴ *Ibid.*

⁸¹⁵ J. MARTIN, « Une distinction subtile entre les sous-traitants susceptibles de contester la validité du contrat principal », *JCP A* 2016 p. 2074.

⁸¹⁶ V. en ce sens : J.-L. HECKENROTH, « L'intérêt à agir des tiers non privilégiés dans le recours en contestation de validité du contrat », *Contrats-Marchés. publ.* Juillet 2020 pratique prof. 7.

⁸¹⁷ V. pour d'autres hypothèses envisagées : J. MARTIN, « Une distinction subtile entre les sous-traitants susceptibles de contester la validité du contrat principal », préc.

⁸¹⁸ CE Avis, 11 avril 2012, *Société Gonelle*, préc.

⁸¹⁹ *Ibid.*

⁸²⁰ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁸²¹ *Ibid.*

⁸²² CE Sect., 5 février 2016, *Syndicat mixte des transports en commun Hérault Transport c/ Société Voyage Guirette, Lebon* p. 10 ; concl. O. HENRARD, *BJCP* 2016 p. 218 et *RFDA* 2016 p. 301 ; F. BRENET, *DA* 2016 comm. 21 ; J.-D. DREYFUS, *AJCT* 2016 p. 329 ; L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, *AJDA* 2016 p. 479 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2016 act. 117 ; O. HENRARD, *DA* Mars 2016 alerte 21 ; S. HUL, *JCP A* 2016. 2050 ; J.-

considérant, « le vice invoqué doit avoir été susceptible de préjudicier concrètement et effectivement le requérant, et non seulement abstraitement en raison de son appartenance à une certaine catégorie de personnes concernées par la règle violée. [...] Il faut que le concurrent évincé ait directement subi un préjudice en raison du vice qu'il invoque. »⁸²³. Le caractère direct exigé du rapport entre le vice invoqué et l'éviction du requérant témoigne de la rigueur avec laquelle sont appréciés les moyens soulevés. Concrètement, il a par exemple été jugé que le mauvais choix de procédure n'est pas en rapport direct avec l'éviction de la société requérante⁸²⁴. On peut encore imaginer que ne pourra plus être invoqué par le concurrent évincé « la compétence de la personne publique cocontractante, l'absence d'habilitation régulière de l'autorité signataire, certains vices affectant les clauses du contrat tels que la durée excessivement longue du marché ou la clause tacite de reconduction illégale »⁸²⁵, ces vices n'étant pas *a priori* en rapport direct avec son éviction⁸²⁶.

Le Conseil d'État a d'ailleurs précisé à quel point le lien entre l'éviction du concurrent évincé et les moyens invocables est apprécié de façon subjective. En cette qualité le requérant doit en effet soulever des irrégularités qui le lèsent personnellement, sans se soucier de la situation des autres concurrents. Ainsi l'arrêt *Sociétés Cerba et Delapack Europe B.V.*⁸²⁷, après avoir rappelé la règle selon laquelle le concurrent évincé ne peut uniquement invoquer des vices d'ordre public ou des manquements aux règles de passation en rapport direct avec son éviction, affirme « qu'au titre de tels manquements, le concurrent évincé peut contester la décision par laquelle son offre a été écartée comme irrégulière ; qu'un candidat dont l'offre a été à bon droit écartée comme irrégulière ou inacceptable ne saurait en revanche soulever un moyen critiquant l'appréciation des autres offres ; qu'il ne saurait notamment soutenir que ces offres auraient dû être écartées comme irrégulières ou

F. LAFAIX, *AJDA* 2016 p. 1120 ; D. POUPEAU, *AJDA* 2016 p. 234 ; P. REES, *Contrats-Marchés publ.* 2016 comm. 114 ; M.-C. VINCENT-LEGOUX, *Dalloz* 2016 p. 1419.

⁸²³ J.-F. LAFAIX, « La jurisprudence *Tarn-et-Garonne* appliquée aux concurrents évincés », *AJDA* 2016 p. 1120, préc.

⁸²⁴ CAA Nantes, 6 octobre 2017, *Société Lytec*, n° 15NT03533. V. également pour une série de moyens écartés : CAA Bordeaux, 28 décembre 2017, *Société Eurocars Sabaron*, n° 16BX00860 ; H. HOEPFFNER, *Contrats-Marchés publ.* 2018 obs. 75.

⁸²⁵ J.-F. LAFAIX, « La jurisprudence *Tarn-et-Garonne* appliquée aux concurrents évincés », préc.

⁸²⁶ À moins que le requérant établisse la preuve qu'ils soient à l'origine de son éviction ou qu'ils rendent illicite le contenu du contrat : v. en ce sens : *ibid.*

⁸²⁷ CE, 9 novembre 2018, *Sociétés Cerba et Delapack Europe B.V., Lebon* p. 407, concl. G. PELLISSIER ; J.-D. DREYFUS, *AJCT* 2019 p. 94 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2018 act. 848 ; F. LINDITCH, *JCP A* 2019. 2156 ; J.-C. ROTOULLIÉ, *AJDA* 2019 p.412 ; M. UBAUD-BERGERON, *Contrats-Marchés publ.* 2019 comm. 24.

inacceptables, un tel manquement n'étant pas en rapport direct avec son éviction et n'étant pas, en lui-même, de ceux que le juge devrait relever d'office ; qu'il en va ainsi y compris dans l'hypothèse où [...] toutes les offres ont été écartées comme irrégulières ou inacceptables, sauf celle de l'attributaire, et qu'il est soutenu que celle-ci aurait dû être écartée comme irrégulière ou inacceptable »⁸²⁸. Quand bien même le candidat retenu aurait présenté une offre irrégulière ou inacceptable, cette dernière n'est pas la cause de l'éviction du requérant⁸²⁹. Dans ces conditions, il ne fait guère de doute que les moyens soulevés par les opérateurs économiques autres que les concurrents évincés seront regardés par le juge du contrat avec encore plus d'attention.

On ne saurait aussi bien résumer la situation que le rapporteur public Olivier Henrard lorsqu'il affirme que « si l'on établit, entre les différentes catégories de tiers, un classement des gagnants et des perdants du nouveau régime de recours, le concurrent évincé occupe la dernière place »⁸³⁰. L'accès des autres tiers ordinaires au juge du contrat apparaît en effet moins restreint que celui des opérateurs économiques.

B/ L'accès relativement limité des autres tiers

Contrairement aux concurrents évincés, les autres tiers ne sont pas personnellement impliqués dans la formation du contrat. *A priori*, l'existence d'un intérêt lésé de façon suffisamment directe et certaine par la passation du contrat administratif ou de certaines de ses clauses serait donc relativement difficile à établir par une approche aussi subjective qu'avec un opérateur économique. Tel n'est pas le cas, puisque le juge du contrat se base sur des éléments plus objectifs que ceux relatifs à la situation personnelle d'un concurrent évincé. À tel point que la démarche ne se distingue guère de celle adoptée dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir, sous l'empire de la jurisprudence relative aux actes détachables. L'étude des conditions d'ouverture du recours aux catégories de tiers ordinaire

⁸²⁸ *Ibid.*

⁸²⁹ La solution a déjà été adoptée dans le cadre du référé précontractuel : CE, 11 avril 2012, *Syndicat Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres et Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH)*, *Lebon T.* p. 858 ; R. GRAND, *AJDA* 2012 p. 790.

⁸³⁰ O. HENRARD, concl. sur CE Sect., 5 février 2016, *Syndicat mixte des transports en commun Hérault Transport c/ Société Voyage Guirette*, préc.

autres que les opérateurs économiques tend à le démontrer, à commencer par celle des contribuables.

L'intérêt à agir des contribuables locaux contre une délibération d'une collectivité remonte à l'arrêt *Casanova* de 1901⁸³¹. Dans le cadre du contentieux contractuel administratif, il a pour la première fois été reconnu en 1905 à l'occasion de l'affaire *Martin*⁸³². Par la suite, l'intérêt à agir du contribuable avait toujours été admis dès lors que l'acte détachable contesté entraînait des conséquences financières sur le budget de la collectivité, qui se traduiraient par une perte de recettes ou une augmentation des charges⁸³³. Depuis la décision *Tarn-et-Garonne*⁸³⁴ cependant, le contribuable local jouit désormais de la faculté d'attaquer directement le contrat litigieux, en contrepartie de la satisfaction de nouvelles conditions d'accès au juge. La question qui se pose alors est celle de savoir comment apprécier l'intérêt à agir de ce requérant, au regard de l'exigence d'un intérêt lésé de façon suffisamment directe et certaine. Dans quelle mesure les finances d'une collectivité doivent-elles être affectées par un contrat administratif, de sorte à constituer une lésion des intérêts des contribuables locaux ? Le Conseil d'État a eu l'occasion de se prononcer sur ce point en affirmant que « [lorsque] l'auteur du recours se prévaut de sa qualité de contribuable local, il lui revient d'établir que la convention ou les clauses dont il conteste la validité sont susceptibles d'emporter des conséquences significatives sur les finances ou le patrimoine de la collectivité »⁸³⁵. Les conseillers d'État ont finalement été fidèles à leur volonté de ne

⁸³¹ « Considérant que la délibération attaquée a pour objet l'inscription d'une dépense au budget de la commune d'Olméto ; que les requérants contribuables dans cette commune, ont intérêt en cette qualité, à faire déclarer cette délibération nulle de droit et qu'ils sont ainsi parties intéressées [...] » (CE, 29 mars 1901, *Casanova*, *Lebon* p. 333 ; M. HAURIOU, *S.* III. 73 ; *GAJA* 22^e éd., Dalloz, 2019, n° 8).

⁸³² CE, 4 août 1905, *Martin*, préc.

⁸³³ V. par ex. pour une absence d'intérêt à agir : CE, 25 avril 1994, *Mme Aquila c/ Conseil régional d'Aquitaine*, *Lebon* T. 1099. V. pour la reconnaissance d'un intérêt à agir : CE 26 mai 2009, *Département des Deux-Sèvres*, *Lebon* T. 643 ; concl. E. GLASER, *BJCP* 2009 p. 405 ; Z. AÏT-EL-KADI, *AJDA* 2009. 1077 ; CE, 11 mai 2016, *Communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole*, *Lebon* p. 162, concl. O. HENRARD ; P. DEVILLERS, *Contrats-Marchés publ.* 2016 comm. 184 ; L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, *AJDA* 2016 p. 1173 ; N. FOULQUIER, *RDI* 2016 p. 549 ; J.-M. PASTOR, *AJDA* 2016 p. 924 ; CE 10 février 2017, *Ville de Paris*, *Lebon* p. 39 ; concl. O. HENRARD, *AJDA* 2017 p. 684 ; O. DIDRICHE, *AJCT* 2017 p. 346 ; N. FOULQUIER, *RDI* 2017 p. 298 ; D. POUPEAU, *AJDA* 2017 p. 319 ; M. UBAUD-BERGERON, *Contrats-Marchés publ.* 2017 comm. 102.

⁸³⁴ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁸³⁵ CE, 27 mars 2020, *Métropole du Grand Nancy*, *Lebon* p. 70 ; J.-S. BODA, *JCP A* 2021 p. 2022 ; R. BONNEFONT, *AJCT* 2020 p. 476 ; N. CHIFFLOT, *Procédures* 2020 comm. 135 ; J. DIETENHOEFFER, *Contrats-Marchés publ.* 2020 comm. 211 ; J.-D. DREYFUS, *AJ Contrat* 2020 p. 343 ; S. HUL, *JCP A* 2020 p. 2124 ; J.-M. PASTOR, *AJDA* 2020 p. 706 ; P. SOLER-COUTEAUX, *Contrats-Marchés publ.* 2020 repère 6.

pas ouvrir le prétoire du juge du contrat aux contribuables au moindre euro dépensé par la collectivité⁸³⁶.

Pour autant, cette philosophie gouvernait déjà le contentieux des actes détachables. Le considérant précité n'a rien de très novateur puisqu'il rappelle une solution semblable adoptée plusieurs fois en excès de pouvoir, selon laquelle l'intérêt à agir est reconnu au contribuable contestant un acte dont les conséquences sur les finances de la collectivité sont d'une importance suffisante⁸³⁷. L'idée avait d'ailleurs été reprise par les juges du fond dans le cadre d'un recours direct contre le contrat administratif⁸³⁸, avant que le Conseil d'État ne lui confère une portée plus importante⁸³⁹. Il est vrai que ces différentes solutions n'ont pas repris exactement les mêmes termes. Le juge de l'excès de pouvoir doit en effet s'assurer que les conséquences financières de l'acte attaqué sont suffisantes, tandis que le juge du contrat doit vérifier si elles sont significatives. « Suffisant » renvoie à ce « qui entraîne à soi

⁸³⁶ « Sans doute conviendra-t-il également de s'interroger sur le sort du contribuable. S'il nous paraît légitime qu'un tiers se prévalant de cette qualité puisse contester un contrat dont l'exécution est susceptible de peser de façon significative sur les finances locales, et donc sur les impôts qu'il sera amené à payer, nous ne sommes pas convaincu, à l'inverse, que tout euro dépensé dans un cadre contractuel lui ouvre un intérêt à agir. » (B. DACOSTA, Concl. sur CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.). « [Prenons] le cas du contribuable. Il est vrai qu'à chaque fois qu'une commune se lance dans un marché public, cela lui coûte au moins quelques euros. Si l'on considère que, de ce seul fait, tout contribuable communal, départemental ou régional peut attaquer directement tout contrat de la commande publique au seul motif qu'il y aura une dépense imputée au budget de la collectivité, on ouvre largement les vannes. Ce n'est pas l'idée de *Département de Tarn-et-Garonne*, même si la décision elle-même ne le précise pas explicitement. L'idée de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne* est qu'il faut quand même, pour prendre l'exemple du contribuable, que le contrat conclu par la collectivité affecte de façon suffisamment importante les finances communales. Cette voie de droit demeurera ouverte quand vous aurez une commune de 300 habitants qui voudra construire un centre sportif de 10 000 places ; évidemment, on permettra au contribuable communal d'aller saisir le juge de contrats totalement farfelus. Mais l'idée n'est pas que tout contribuable aura un intérêt lésé de manière suffisamment directe et certaine au motif qu'il y aura un euro dépensé par la collectivité. » (B. DACOSTA, « Regard d'un juge administratif sur l'intérêt à agir dans le contentieux contractuel », in *L'accès au juge : l'intérêt à agir*, LGDJ, 2016, pp. 124-125).

⁸³⁷ « [Lorsque] la délibération d'un conseil municipal emporte une perte de recettes ou des dépenses supplémentaires, le contribuable de cette commune n'est recevable à en demander l'annulation pour excès de pouvoir que si les conséquences directes de cette délibération sur les finances communales sont d'une importance suffisante pour lui conférer un intérêt pour agir » (CE 1^{er} juin 2016, *Commune de Rivedoux-Plage*, n° 391570 ; *AJDA* 2016. 1614 ; H. HOEPFFNER, *Contrats-Marchés publ.* 2016 comm. 220).

⁸³⁸ « Une association de contribuables locaux qui a pour objet d'assurer la défense des intérêts de ses membres est recevable à contester la validité d'un contrat si sa passation ou ses stipulations sont de nature à la léser dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine, au regard, notamment, de l'objet du contrat, de sa portée, de son montant et de l'impact de son exécution sur les finances locales » (TA Lyon, 31 janvier 2019, *Association des contribuables actifs du lyonnais*, n° 1709083 ; R. BONNEFONT, *AJCT* 2019 p. 400 ; J. DIETENHOEFFER, *Contrats-Marchés publ.* 2019 comm. 133 ; TA Lyon 4 avril 2019, *Association des contribuables actifs du lyonnais*, n° 1708840 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2019 act. 255 ; E. MULLER, *Contrats-Marchés publ.* 2019 comm. 214.

⁸³⁹ CE, 27 mars 2020, *Métropole du Grand Nancy*, préc.

seul un certain effet ou qui permet à soi seul d'obtenir un certain résultat, [dont] la quantité, la force, l'intensité sont à la juste mesure de ce qui est nécessaire »⁸⁴⁰, c'est-à-dire à un minimum. Le terme « significatif » laisse moins de marge d'appréciation, car il est plus précis. Il se rapporte à ce « qui est le signe, *la preuve* de quelque chose ; qui révèle quelque chose ». Pour autant, à ce stade rien ne garantit qu'il existe dans les faits une réelle différence dans les modalités d'accès à chacun des deux recours.

Qu'il s'agisse en effet d'un recours en excès de pouvoir contre un acte détachable ou d'un recours de plein contentieux directement contre le contrat administratif, le juge n'entend pas permettre une action populaire des contribuables, mais fait preuve d'une certaine souplesse dans l'appréciation de leur intérêt à agir. Pour preuve : tout en exigeant que le contrat attaqué entraîne des conséquences significatives sur les finances ou le patrimoine de la collectivité, le Conseil d'État a précisé que « le caractère éventuel ou incertain de la mise en œuvre de clauses [est] par lui-même dépourvu d'incidence sur l'appréciation de leur répercussion possible sur les finances ou le patrimoine de [la collectivité] »⁸⁴¹. L'intérêt lésé aura été apprécié par le Conseil d'État avec plus de souplesse que par les juges du fond⁸⁴². De la même manière, l'intérêt à agir d'un contribuable national dans le cadre d'un recours contre un contrat administratif signé par l'État⁸⁴³ semble également appréhendé de façon similaire qu'autrefois, à l'occasion de la contestation d'un acte détachable⁸⁴⁴. Dans les deux cas, il n'est pas admis.

L'accès des contribuables locaux au juge du contrat demeure donc relativement limité, en particulier au regard de l'appréciation de leur intérêt lésé. L'ouverture du recours contre le contrat administratif serait surtout davantage contrôlée au niveau des moyens invocables. Mais cela dépend encore de ce que le juge du contrat considère comme un vice étant en rapport direct avec l'intérêt lésé dont le contribuable se prévaut⁸⁴⁵. Les intérêts des

⁸⁴⁰ V° « suffisant » in Trésor de la Langue française (TLFi) : <https://www.cnrtl.fr/definition/suffisant>.

⁸⁴¹ CE, 27 mars 2020, *Métropole du Grand Nancy*, préc.

⁸⁴² V. en ce sens : J.-S. BODA, « Recours Tarn-et-Garonne et concession de distribution publique d'électricité : la leçon de droit du Conseil d'État », *JCP A* 2021 p. 2022, préc.

⁸⁴³ CE, 24 juillet 2019, *Association Libre horizon et autres*, n° 421139 ; CE, 21 octobre 2019, *Association Gardez les caps et autres*, n° 421134.

⁸⁴⁴ CAA Paris, 29 janvier 2015, *Syndicat national unifié des personnels des forêts et de l'espace naturel (SNUPFEN)*, n° 13PA03171.

⁸⁴⁵ J.-F. LAFAIX, « L'intérêt à agir devant le juge du contrat », préc.

contribuables sont principalement préservés par une bonne gestion des deniers publics⁸⁴⁶. L'irrégularité en lien avec la lésion de leurs intérêts – celle affectant significativement les finances ou le patrimoine d'une personne publique – s'oppose donc à la bonne utilisation des finances publiques. Or celle-ci est susceptible d'être contrariée *de manière significative*⁸⁴⁷ par de nombreux manquements à divers corps de règles⁸⁴⁸. Tel est le cas lorsque l'administration enfreint l'interdiction de consentir à des libéralités⁸⁴⁹, notamment par le biais d'une clause prévoyant une indemnité bien trop supérieure au préjudice subi par le cocontractant en cas de rupture anticipée du contrat⁸⁵⁰. Mais une mauvaise gestion des deniers publics pesant *significativement* sur les finances de la collectivité peut encore se manifester par des manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence. L'article L.3 du Code de la commande publique dispose en effet que « [les] acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics »⁸⁵¹. Les moyens en rapport direct avec l'intérêt lésé dont peuvent se prévaloir les contribuables ne devraient donc pas manquer. À moins, comme le fait remarquer le Professeur Jean-François Lafaix, que le contribuable ne puisse invoquer un moyen tiré de la violation d'une règle dont la finalité directe n'est pas la bonne gestion des deniers publics⁸⁵², ce qui peut sembler parfois difficile à estimer. Quoiqu'il en soit, pour le

⁸⁴⁶ Ils peuvent également l'être par d'autres règles protégeant les finances ou le patrimoine de la collectivité à laquelle ils appartiennent.

⁸⁴⁷ Fort heureusement, une mauvaise gestion des deniers publics n'entraîne pas systématiquement des répercussions financières importantes au point de constituer un moyen invocable dans le cadre du recours d'un contribuable contre un contrat administratif.

⁸⁴⁸ La bonne gestion des deniers publics étant la contrepartie à la liberté contractuelle des personnes publiques, elle irrigue abondamment les règles gouvernant la commande publique.

⁸⁴⁹ CE, 22 juin 2012, *CCI de Montpellier*, n° 348676, concl. B. DACOSTA, *BJCP* 2012 p. 330 ;

⁸⁵⁰ *Ibid.* ; CE, 27 mars 2020, *Métropole du Grand Nancy*, préc.

⁸⁵¹ Art. 3 CCP.

⁸⁵² « [Une] perspective plus sévère devrait conduire à distinguer les finalités directes et les finalités indirectes de la règle de droit violée. Dès lors, la meilleure utilisation des deniers publics peut apparaître comme une finalité indirecte (bien que réelle) des règles de passation des contrats publics, dont la finalité directe est d'assurer la liberté et l'égalité d'accès à la commande publique. » (J.-F. LAFAIX, « L'intérêt à agir devant le juge du contrat », préc.). Nous ne partageons cependant pas cet avis, dès lors que le Code de la commande publique en dispose autrement (v. ci-dessus).

moment l'accès des contribuables locaux au juge du contrat n'a pas été bouleversé outre mesure par la décision *Tarn-et-Garonne*⁸⁵³. Tout comme celui des usagers du service public.

L'intérêt à agir en excès de pouvoir des usagers du service public est admis de longue date, suite à l'arrêt du Conseil d'État de 1906 *Syndicat des propriétaires et contribuables du Quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*⁸⁵⁴. Depuis, il est de jurisprudence constante qu'ils puissent contester un acte administratif dans l'hypothèse où celui-ci affecte par lui-même l'organisation et le fonctionnement du service public⁸⁵⁵. La solution a même été reprise dans le cadre d'un recours direct d'un usager du service public contre un contrat administratif. Ainsi par exemple, la Cour administrative d'appel de Nantes a jugé qu'une requérante qui se prévalait de sa qualité d'usagère du service public de l'électricité afin de contester une concession d'utilisation du domaine public maritime devait justifier en quoi le contrat était susceptible de porter atteinte à l'organisation dudit service, ce qui n'était pas le cas en l'espèce⁸⁵⁶. C'est encore au niveau des moyens invocables que le recours des usagers du service public contre le contrat administratif diffère de celui contre les actes détachables. L'utilisateur d'un service public ne peut invoquer des moyens tirés de la forme du contrat ou de la procédure de passation⁸⁵⁷. En revanche, il pourrait soulever l'illégalité de « clauses prévoyant des droits d'entrée ou le paiement par le cocontractant de sommes qui ne sont pas en rapport avec la gestion du service, car ces sommes seront reportées sur les usagers »⁸⁵⁸. Dans l'absolu, la décision *Tarn-et-Garonne*⁸⁵⁹ ne bouleverse pourtant pas la situation des usagers du service

⁸⁵³ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁸⁵⁴ CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du Quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, Lebon p. 962, concl. J. ROMIEU ; *Dalloz* 1907 III. 41 ; M. HAURIOU, *S.* 1907 III. 33 ; GAJA n° 15, préc.

⁸⁵⁵ V. à propos d'un décret relatif aux concessions de travaux publics mis en cause par un usager de la route : CE, 3 février 2016, *Automobile Club des avocats et autres*, n° 390053 ; H. HOEPFFNER, *Contrats-Marchés publ.* 2016 comm. 115. La solution est évidemment transposable lorsque l'acte litigieux est un acte détachable d'un contrat administratif.

⁸⁵⁶ « Considérant, [...] que Mme D., qui s'est d'abord prévalu de sa qualité d'usagère du service public de l'électricité, ne justifie pas en quoi le contrat ou l'arrêté préfectoral contestés seraient susceptibles de porter atteinte à l'organisation de ce service » (CAA Nantes, 3 avril 2018, *Association de protection du site des Petites Dalles et autres*, n° 17NT01735 ; H. HOEPFFNER, *Contrats-Marchés publ.* 2018 comm. 148).

⁸⁵⁷ « Si [la requérante] se prévaut aussi de sa qualité d'usager du service public de la culture, les vices qu'elle invoque en soutenant que la convention constituerait en réalité une délégation de service public, que les avis de marché n'auraient pas été complets et que la Cité de la Musique ne lui aurait communiqué que tardivement et de manière incomplète la convention, sont en tout état de cause sans rapport avec l'intérêt dont elle fait ainsi état et ne sont pas d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office » (CAA Paris, 11 octobre 2017, *Mme D. c/ Cité de la Musique*, n° 16PA02885 ; H. HOEPFFNER, *Contrats-Marchés publ.* 2017 comm. 289).

⁸⁵⁸ J.-F. LAFAIX, « L'intérêt à agir devant le juge du contrat », préc.

⁸⁵⁹ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

public. La grande majorité des clauses du contrat administratif susceptibles d'affecter leur situation sont les clauses réglementaires⁸⁶⁰. Or le Conseil d'État a rappelé que ces dernières ne peuvent être contestées que par la voie du recours en excès de pouvoir⁸⁶¹, poursuivant l'application de la jurisprudence *Cayzeele*⁸⁶². Autrement dit, l'usager du service public peut bénéficier de conditions d'accès au prétoire du juge du contrat plus favorables, en passant d'abord par un recours contre l'acte détachable qu'est la clause réglementaire. Il sera ainsi dispensé de justifier d'un intérêt lésé de façon suffisamment directe et certaine⁸⁶³ et pourra invoquer tout moyen. Dans d'autres cas, certains n'hésitent pas à se constituer en associations.

La règle générale veut depuis toujours que les groupements collectifs⁸⁶⁴ soient recevables à contester en excès de pouvoir les décisions affectant les intérêts qu'ils représentent⁸⁶⁵, en particulier au regard de leur objet statutaire. Les missions ou encore les territoires sur lesquels agissent ces groupements, tels que définis dans les statuts⁸⁶⁶, sont les éléments constitutifs de l'intérêt leur donnant qualité pour agir⁸⁶⁷. Un objet social trop vaste aura pour conséquence de rendre l'action de l'association irrecevable⁸⁶⁸, en raison de l'absence

⁸⁶⁰ V. en ce sens : J.-F. LAFaix, « L'intérêt à agir devant le juge du contrat », préc.

⁸⁶¹ CE, 30 juin 2016, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes*, *Lebon* p. 609 ; P. DEVILLERS, *Contrats-Marchés publ.* 2016 comm. 248.

⁸⁶² CE Ass, 10 juillet 1996, *Cayzeele*, préc.

⁸⁶³ CE, 9 octobre 2020, *Commune de Montpellier*, *Lebon* T. 770 ; J. DIETENHOEFFER, *Contrats-Marchés publ.* 2020 comm. 346 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2020 act. 569.

⁸⁶⁴ Nous nous intéresserons ici aux groupements autres que les groupements de professionnels assimilables à des concurrents (ex. : certains conseils d'ordres professionnels) ou ceux représentant les usagers du service public et les contribuables, que nous avons déjà présenté.

⁸⁶⁵ CE, 28 décembre 1906, *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges*, *Lebon* p. 977, concl. J. ROMIEU

⁸⁶⁶ Le juge peut cependant prendre en compte dans les statuts de l'association toute stipulation utile susceptible de fournir des indications sur son champ d'intervention : CE, 17 mars 2014, *Association des consommateurs de la Fontaulière*, n° 354596 ; C. BIGET, *AJDA* 2014 p. 655 ; P. DEVILLERS, *Contrats-Marchés publ.* 2014 comm. 154.

⁸⁶⁷ V. par ex. à propos d'associations de protection de l'environnement ayant un intérêt à agir contre un décret approuvant un avenant à une concession autoroutière uniquement pour les voies devant être construites sur le territoire qu'elles représentent : CE Ass., 20 février 1998, *Ville de Vaucresson et autres*, *Lebon* p. 55 ; concl. C. BERGEAL, *RFDA* 1998 p. 421. V. également à propos d'une association locale de consommateurs ayant intérêt à agir contre des délibérations relatives à une délégation de service public de distribution d'eau potable : CAA Lyon, 13 novembre 2014, *Association des consommateurs de la Fautelière*, n° 14LY00987 ; M. UBAUD-BERGERON, *Contrats-Marchés publ.* 2015 obs. 18).

⁸⁶⁸ CE, 31 octobre 1990, *Union régionale pour la défense de l'environnement et la qualité de vie en Franche-Comté c/ Ville Raddon et Chappendu*, *Lebon* p. 303 ; CE, 10 mars 1995, *Association « Le droit pour la justice et la démocratie »*, *Lebon* T. p. 959 ; CE, 23 février 2004, *Communauté de communes du pays Loudunais*, *Lebon* T. p. 803 et 851 ; W. ZIMMER, *Contrats-Marchés publ.* 2014 comm. 116 ; CE ; 23 décembre 2016, *ASSECO-CFDT du Languedoc-Roussillon et ATTAC Montpellier*, préc.

de lien direct avec la décision attaquée. De même dans l'hypothèse où la zone géographique dans laquelle les effets de l'acte contesté se produisent ne correspond pas au territoire dans lequel le groupement agit⁸⁶⁹. Malgré le libéralisme attaché au recours en légalité, une simple concordance de l'intérêt collectif défendu avec le projet contesté ne suffit pas. Il faut donc une réelle adéquation entre les deux éléments, au regard des effets produits par l'acte en cause.

C'est dans ces conditions que l'intérêt à agir des groupements collectifs a été reconnu au sein du contentieux des actes détachables du contrat administratif. Ainsi d'une association dont le statut témoigne d'une vocation à agir en justice pour la défense collective de ses membres, incluant la contestation des actes faisant grief à leurs intérêts⁸⁷⁰. En revanche, tel n'est pas le cas d'un syndicat contestant une délibération portant sur un projet de nouveau réseau de transports urbains par tramway, lequel n'entraîne aucune suppression d'emplois ou perte de missions des agents du réseau d'autobus et métro dont il défend les intérêts⁸⁷¹.

Reste désormais à savoir si les nouvelles modalités d'accès des groupements collectifs au juge du contrat entraînent en pratique une appréciation réellement différente de leur intérêt à agir. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Tarn-et-Garonne*⁸⁷², le rapporteur public Bertrand Dacosta préconisait de vérifier « avec une vigilance accrue l'atteinte directe aux intérêts [que les associations] entendent défendre »⁸⁷³. Or d'une part, il s'avère que les mêmes éléments sont pris en compte afin d'établir un intérêt lésé de façon suffisamment directe et certaine par le contrat administratif. D'autre part, le juge de plein contentieux semble examiner ces éléments avec un degré de sévérité comparable à celui qu'on retrouve en excès de pouvoir. L'arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes du 3 avril 2018 en fournit une très bonne illustration⁸⁷⁴. En l'espèce, plusieurs associations se sont vues reconnaître un intérêt

⁸⁶⁹ CE, 20 juin 1984, *Association Les amis de la terre, Lebon* p. 233 ; CE, 27 mai 1991, *Fédération nationale des associations de protection de la nature et de l'environnement dans le Nord de la France, Lebon T.* p. 1109 ; CE, 28 novembre 1994, *Association Les amis de la terre c/ Commune de Courty*, n° 139125 ; CE, 9 décembre 1996, *Association pour la sauvegarde du patrimoine martiniquais*, n° 155477.

⁸⁷⁰ CE, 18 mars 2005, *Entreprise Michel Ruas et Comité intercommunal de défense des usagers de l'eau, Lebon T.* p. 950, 1021, 1070, 1072 ; W. ZIMMER, *Contrats-Marchés publ.* 2005 comm. 166.

⁸⁷¹ CAA Marseille, 1^{er} mars 2010, *Société VEOLIA*, n° 08MA01013 ; F. LLORENS, *Contrats-Marchés publ.* 2010 comm. 234.

⁸⁷² CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁸⁷³ B. DACOSTA, Concl. sur CE Ass. 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁸⁷⁴ CAA Nantes, 3 avril 2018, *Association des Petites Dalles et autres*, n°s 17NT01735, 17NT01851 et 17NT01943 ; H. HOEPFFNER, *Contrats-Marchés publ.* 2018 comm. 148.

à agir contre une concession d'utilisation du domaine public maritime pour l'implantation et l'exploitation d'un parc éolien offshore, en raison de ses effets sur l'environnement⁸⁷⁵. Ici le juge du contrat ne s'est pourtant pas nécessairement fondé sur une atteinte particulière pour établir la lésion suffisamment directe et certaine des intérêts défendus, mais sur le lien direct entre ces derniers et les effets du contrat attaqué. Entre le recours en excès de pouvoir contre l'acte détachable et le recours de plein contentieux contre le contrat administratif, il apparaît finalement que la différence se situe davantage dans le vocabulaire employé⁸⁷⁶ que dans l'appréciation de l'intérêt à agir des associations, laquelle reste parfois assez aléatoire.

La principale limite à l'ouverture du recours contre le contrat administratif aux groupements collectifs réside également dans les moyens invocables. À titre d'exemple, des associations de protection environnementales ne peuvent pas invoquer un moyen tiré de la méconnaissance du droit européen de la concurrence⁸⁷⁷. Mais cette différence avec l'excès de pouvoir peut encore être relativisée par le fait que même le juge de la légalité a déjà refusé de reconnaître l'intérêt à agir d'associations ayant le même objet, parce qu'elles soulevaient un moyen relatif au choix du montage contractuel⁸⁷⁸.

⁸⁷⁵ « Considérant que la protection des espaces naturels fait partie de l'intérêt de la conservation du domaine public maritime ; que, dès lors, l'association de protection du site des Petites Dalles et l'association Robin des bois qui se sont fixées pour objectifs, selon leurs statuts, la défense des milieux aquatiques, justifient d'un intérêt suffisamment direct et certain à contester la convention de concession en litige dans la mesure où cet accord comporte en annexe un dossier de précisions techniques qui fait apparaître les effets sur l'environnement des installations en vue desquelles est concédée l'utilisation du domaine maritime ; que de même, compte tenu des effets du contrat de concession, la Fédération Environnement Durable qui a pour objet la protection de la nature et de l'environnement et la prévention des dommages écologiques, technologiques et sanitaires, notamment ceux liés au déploiement des énergies renouvelables [...] d'un intérêt à agir ; Considérant, enfin, que l'association Cap Littoral qui vise notamment à la protection et la mise en valeur des sites touristiques, du potentiel culturel et du patrimoine et la Société pour la Protection des Paysages et de l'Esthétique de la France, qui a pour objet d'empêcher la dégradation des sites naturels ou urbains, peuvent se prévaloir d'un intérêt suffisamment direct et certain à agir, compte tenu de l'impact sur le paysage de l'activité en vue de laquelle a été conclue la concession en litige, et des impératifs de préservation des sites et paysages du littoral dont les décisions d'utilisation du domaine public maritime doivent tenir compte, ainsi qu'il résulte des dispositions précitées de l'article L. 2124-1 du code général de la propriété des personnes publiques » (*Ibid.*).

⁸⁷⁶ Rappelons toutefois que le juge de l'excès de pouvoir exige parfois la démonstration d'un intérêt lésé de façon suffisamment directe et certaine. V. pour un ex. *ante Tarn-et-Garonne* : CAA Paris, 3 avril 2014, Association La justice dans la cité, n° 13PA02769 ; P. DEVILLERS, *Contrats-Marchés* publ. 2014 comm. 177. V. pour un ex. *post Tarn-et-Garonne* : CE, 23 décembre 2016, *ASSECO-CFDT du Languedoc-Roussillon et ATTAC Montpellier*, préc.

⁸⁷⁷ CE, 24 juillet 2019, *Association des Petites-Dalles*, n° 421143.

⁸⁷⁸ CE, 11 mai 2016, *Communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole*, préc.

Au final, c'est surtout la situation des ordres professionnels qui a été bouleversée. Pour les associations comme pour l'ensemble des tiers ordinaires autres que les concurrents évincés, le transfert du contentieux contractuel au juge de pleine juridiction n'a que relativement restreint l'ouverture du recours contre le contrat administratif, contrairement à ce que pouvaient annoncer certains auteurs⁸⁷⁹.

⁸⁷⁹ « Ce sera chose aisée, et même systématique, pour les « candidats évincés » auxquels était auparavant ouvert le recours Tropic, par nature susceptibles d'être lésés au moins par la passation du contrat. Ce sera chose beaucoup moins évidente pour le reste des tiers, qui devront consentir, pour justifier de leur intérêt pour agir, des efforts bien plus importants qu'au temps du recours contre les actes détachables. » (A. BRETONNEAU et J. LESSI, « Contentieux contractuel : la révolution rentre au port », *AJDA* 2014 p. 1035).

CONCLUSION DU CHAPITRE

Contrairement aux apparences, l'ouverture à l'ensemble des tiers d'un recours de plein contentieux contre le contrat administratif est avant tout un moyen d'assurer la stabilité des relations contractuelles. Le passage de la principale voie d'action offerte aux tiers dans le champ de la pleine juridiction a permis de leur imposer de nouvelles conditions d'accès au juge, restreignant ainsi leur capacité de remise en cause du contrat administratif. Ce bouleversement a été rendu possible car il s'inscrit dans un mouvement d'uniformisation et de subjectivisation du contentieux contractuel, déjà amorcé depuis plus d'une décennie. Dans ce contexte, le Conseil d'État a pu progressivement adapter l'accès des tiers au juge du contrat aux exigences de sécurité juridique et de continuité du service public, en s'inspirant des solutions rendues précédemment, telles que la jurisprudence *Tropic Travaux Signalisation*⁸⁸⁰ ou *SMIRGEOMES*⁸⁸¹.

C'est donc par la subjectivisation de l'intérêt à agir des tiers et des moyens invocables à l'encontre du contrat administratif que le Conseil d'État a procédé à un rééquilibrage entre la stabilité des relations contractuelles et le principe de légalité. Or, cette rationalisation a entraîné une divergence dans les modalités d'ouverture du recours contre le contrat administratif, lesquelles se sont cristallisées autour de différentes catégories de tiers, pour deux raisons. D'une part, parce que ce mouvement de subjectivisation a été volontairement limité au recours des tiers ordinaires, le préfet et les élus locaux agissant plus librement au nom du principe de légalité et de l'intérêt général. D'autre part, parce que comme en témoigne notamment la mise en œuvre du recours « Tarn-et-Garonne », chaque tiers ordinaire ne dispose pas du même accès au juge du contrat en fonction de sa propre situation et de la qualité sous laquelle il se présente. Il apparaît ainsi, après comparaison entre l'ancienne et la nouvelle configuration contentieuse, que les concurrents évincés sont les requérants les moins avantagés sur ce point. Les autres tiers ordinaires, tels que les

⁸⁸⁰ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

⁸⁸¹ CE Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, préc.

contribuables locaux, les usagers du service public ou les associations n'ont pas vu autant leur situation bouleversée. Pour eux, la différence entre le recours en excès de pouvoir contre les actes détachables et le recours de pleine juridiction contre le contrat administratif est davantage ténue. C'est d'autant plus vrai que ces derniers temps, le juge de la légalité a parfois tendance à adopter un raisonnement proche de celui du plein contentieux.

Ce déséquilibre dans les chances d'accès des tiers au juge du contrat administratif pose alors un certain nombre de questions relatives au droit au recours et à la notion de tiers, à ce qu'il représente par rapport au contrat. À tel point que notre réflexion conduit à s'interroger sur la pertinence d'une homogénéisation des conditions d'ouverture du recours des tiers contre le contrat administratif.

CHAPITRE 2. L'ESSENTIELLE CONVERGENCE DES CONDITIONS D'ACCÈS DES TIERS AU JUGE DU CONTRAT

Il est acquis que le recours des tiers contre le contrat administratif permet d'assurer la stabilité des relations contractuelles et à travers elle l'efficacité de l'action publique. Pour autant, la restriction de l'accès de la majorité des tiers au juge du contrat, quasiment érigée en principe cardinal par la subjectivisation des conditions d'ouverture du recours de plein contentieux, va à l'encontre de deux notions : celle de contrat administratif et celle de tiers. Il apparaît alors essentiel de revoir les modalités d'accès au juge de plein contentieux relatives aux tiers au contrat administratif, afin qu'ils puissent contester plus facilement ce dernier (**Section 1**).

Si une convergence des conditions d'accès des tiers au juge du contrat s'impose, il reste à déterminer la direction qu'elle doit suivre⁸⁸². Or il nous semble qu'elle doit tendre vers une ouverture plus large du recours aux tiers dits ordinaires, tout en évitant les risques inscrits sur le blanc-seing confié aux tiers privilégiés. L'utilisation de techniques inédites auxquelles s'ajoutent quelques emprunts au contentieux objectif se révèlent être des outils indispensables pour atteindre ce nouvel équilibre (**Section 2**).

⁸⁸² V° « converger » *in* Dictionnaire de l'Académie Française, 9^e éd. : « Se diriger vers un même point. » (<https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9C4092>).

SECTION 1. LES MOTIFS D'UNE CONVERGENCE

La sécurité du contrat administratif dans le cadre du recours des tiers n'est pas acquise sans quelques sacrifices. On pourrait se féliciter de la mise en place de ce rempart contentieux si le tribut à payer n'était pas aussi lourd. Il y a en effet, deux catégories de motifs justifiant une remise en cause des conditions d'accès des tiers au juge du contrat administratif : ceux attachés au contrat administratif et ceux attachés aux tiers à ce contrat. Leur force repose d'ailleurs sur leur interdépendance.

Pour résumer, la restriction de l'ouverture du recours des tiers contre le contrat administratif entre en contradiction avec la notion même de contrat administratif, en occultant ses effets réels à l'égard des tiers ordinaires en particulier (§1). Ces derniers se retrouvent alors placés à l'isolement contentieux, privés d'action effective à l'encontre d'un acte ayant des répercussions sur leur situation (§2).

§1. LES MOTIFS ATTACHÉS AU CONTRAT ADMINISTRATIF

La fermeture du recours des tiers contre le contrat administratif à laquelle a abouti la jurisprudence « Tarn-et-Garonne »⁸⁸³ altère la nature profonde du contrat administratif. Elle conduit à déployer l'effet relatif du contrat administratif dans le contentieux de l'annulation, alors qu'il se limite à un principe plus modeste (A). Dès lors, les répercussions du contrat administratif sur la situation des tiers sont en partie occultées, alors qu'ils participent largement à sa dimension publique. Le contrat se retrouve en conséquence privé de l'une de ses caractéristiques fondamentales, à savoir son caractère administratif (B).

⁸⁸³ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

A/ Le cantonnement de l'effet relatif du contrat administratif

Il est acquis de longue date que le principe de l'effet relatif, applicable à l'ensemble des contrats, trouverait aisément sa place au sein du droit des contrats administratifs⁸⁸⁴. L'effet relatif du contrat signifie que celui-ci produit des effets limités à l'égard des tiers, parce que le contrat est avant tout la loi des parties⁸⁸⁵ résultant d'un accord de volontés. Il n'a donc de force obligatoire que pour les cocontractants, mais pas pour les tiers⁸⁸⁶. Marion Ubaud-Bergeron précise à ce propos que « [l'effet obligatoire] ne peut s'étendre aux tiers, car l'obligation née du contrat ne peut naturellement produire de force contraignante qu'à l'égard de celui qui y a consenti »⁸⁸⁷. Concrètement, l'effet relatif du contrat se manifeste à travers la règle selon laquelle « les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter »⁸⁸⁸. Ainsi, dans la mesure où le contrat administratif ne profite pas aux tiers⁸⁸⁹, ces derniers ne peuvent pas l'invoquer. Tout comme il ne peut leur nuire et créer des obligations à leur charge sans leur consentement⁸⁹⁰. En résumé, les tiers ne sont ni créanciers ni débiteurs d'obligations découlant du contrat⁸⁹¹.

⁸⁸⁴ « [Les] contrats administratifs, comme tous les autres, n'ont que des effets relatifs » (M. WALINE, *Droit administratif*, 7^e éd., Sirey, 1957, n° 950). « [Le] principe de l'effet relatif constitue un de ces principes généraux de droit commun contractuel qui sont certainement valables pour les contrats administratifs comme pour les contrats civils » (A. DE LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, t. 1, 2^e éd., LGDJ, 1983, p. 787). « Comme tout contrat, le contrat administratif n'a qu'un effet relatif ». (L. RICHER et F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, 10^e éd., LGDJ, 2016, n° 449, p. 239). « [Ce] principe est naturellement applicable aux contrats administratifs » (C.-A. DUBREUIL, *Droit des contrats administratifs*, PUF, 2018, n° 1067).

⁸⁸⁵ Art. 1103 C. civ. : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

⁸⁸⁶ V. *infra*. note 912.

⁸⁸⁷ M. UBAUD-BERGERON, « Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat », in Mélanges Guibal, Presses de la Faculté de Droit de Montpellier, 2006, p. 575.

⁸⁸⁸ Art. 1199 C. civ. : « Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV. ». Anciennement art. 1165 C. civ. : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121. ». V. pour une référence directe à ces articles en droit administratif : CE, 20 octobre 2000, *Perreau, Lebon* p. 455 ; concl. E. MIGNON, *BJCP* 2001 p. 345 ; CE, 16 décembre, *Société Allianz LARD*, n° 396001.

⁸⁸⁹ CE, 22 novembre 1907, *Coste, Lebon* p. 849.

⁸⁹⁰ CE, 13 novembre 1964, *Rey, Lebon* p. 551.

⁸⁹¹ « Il ne fait aucun doute, aujourd'hui comme hier, que contrat administratif ne peut rendre un tiers ni créancier ni débiteur. Il ne nuit point aux tiers - le contrat ne saurait créer d'obligations à la charge des tiers sans que celui-ci ait exprimé son consentement - et il ne leur profite pas - les tiers ne pouvant ni se prévaloir d'une stipulation contractuelle ni engager la responsabilité contractuelle d'une partie au contrat. » (J. BOUSQUET, « L'effet relatif des contrats administratifs. À propos de décisions récentes. », *RFDA* 2020 p. 443).

Au sein du contentieux contractuel administratif, il en résulte une conséquence majeure : les tiers sont exclus de toute action en responsabilité contractuelle⁸⁹², qu'ils se présentent en qualité de défendeur ou de requérant⁸⁹³. Les parties aux contrats administratifs ne peuvent donc engager la responsabilité des tiers sur le fondement contractuel. De la même manière, les tiers sont dans l'impossibilité de mettre en cause la responsabilité contractuelle des parties à leur égard⁸⁹⁴. En principe, l'effet relatif du contrat administratif s'oppose même à ce qu'ils se prévalent de stipulations contractuelles à caractère non-réglementaire dans le cadre d'une action en responsabilité quasi-délictuelle dirigée à l'encontre des cocontractants⁸⁹⁵. Par définition en effet, un manquement contractuel peut uniquement entraîner la mise en jeu de la responsabilité contractuelle de la partie fautive envers son ou ses cocontractants⁸⁹⁶.

⁸⁹² Si l'effet relatif du contrat se traduit différemment en droit administratif et en droit civil, l'exclusion des tiers de toute action en responsabilité contractuelle est commune aux ordres de juridiction administratif et judiciaire. V. pour l'affirmation du principe par le juge judiciaire : Cass., 23 février 1897, *S.* 1898, 1, p. 65.

⁸⁹³ P. TERNEYRE, « Responsabilité contractuelle » in Rép. resp. publ. n°s 80 et 81.

⁸⁹⁴ CE, 15 février 1961, *Goumy*, *Lebon T.* p. 1092 ; CE, 23 juin 1976, *Latty*, *Lebon* p. 329 ; CE, 8 décembre 1976, *Société Travaux Hydrauliques et Entreprises générales*, *Lebon T.* p. 806 ; CE, 17 février 1978, *Société Compagnie française d'Entreprise*, *Lebon* p. 88 ; CE, 5 février 1982, *Dondel et autres*, *Lebon* p. 53.

⁸⁹⁵ CE Sect., 11 juillet 2011, *Gilles*, *Lebon* p. 331, concl. N. BOULOUIS *ibid.*, *BJCP* 2011 p. 341 et *RJEP* 2012 comm. 5 ; A. BUREL, *AJCT* 2011 p. 576 ; J. BOUSQUET et N. HARKET, *JCP A* 2011 n° 2128 ; X. DOMINO, *AJDA* 2011 p. 1949 ; G. ECKERT, *Contrats-Marchés publ.* 2011 comm. 300 ; N. FOULQUIER, *RDI* 2011 p. 508 ; R. GRAND, *AJDA* 2011 p. 1404 ; L. JANICOT, *RFDA* 2012 p. 692 ; G. VINEY, *Dalloz* 2012 p. 653 ; CE, 31 mars 2014, *Union Syndicale du Charvet et a.*, *Lebon T.* p. 745 et 819 ; G. CLAMOUR, *AJDA* 2014 p. 1725 ; P. GRIMAUD, *AJCT* 2014 p. 381 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2014 n° 176 ; D. POUPEAU, *AJDA* 2014 p. 770. Le principe vaut également lorsque le tiers est défendeur : CE, 21 octobre 2019, *Société coopérative métropolitaine générale (CMEG)*, *Lebon T.* p. 835 ; J. DIETENHOEFFER, *Contrats-Marchés publ.* 2020 comm. 25 ; J.-D. DREYFUS, *AJ Contrat* 2019 p. 548 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2019 act. 693 ; H. DE GAUDEMAR, *RDI* 2020 p. 189 ; G. LE CHATELIER, *AJCT* 2020 p. 97 ; E. MAUPIN, *AJDA* 2019 p. 2091 ; P. REES, *Contrats-Marchés publ.* 2021 comm. 338. Ces décisions font notamment suite à l'adoption de la logique inverse par le juge judiciaire, lequel, assimilant faute contractuelle et faute délictuelle, considère 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 » (Cass. Ass. Plén., 6 octobre 2006, *Myr'Ho et Boot Shop*, n° 05-13.255 ; Bull. ass. plén. n° 9 p. 23 ; S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON, *Dalloz* 2007 p. 2966 ; M. BILLIAU, *JCP G II* 10181 ; P. BRUN et P. JOURDAIN, *Dalloz* 2007 p. 2897 ; N. DAMAS, *AJDI* 2007 p. 295 ; P. DEUMIER, *RTD civ.* 2007 p. 61 ; I. GALLMEISTER, *Dalloz* 2006 p. 2825 ; P. JOURDAIN, *RTD civ.* 2007 p. 123 ; L. LEVENEUR, *Contrats, conc. consom.* 2007 comm. 63 ; P. MALINVAUD, *RDI* 2006 p. 504 ; D. MAZEAUD, *RDC* 2007 p. 169 ; J. MESTRE et B. FAGES, *RTD civ.* 2007 p. 115 ; L. ROZÈS, *Dalloz* 2007 p. 1827 ; G. VINEY, *Dalloz* 2006 p. 2825). Notons cependant que les tiers peuvent toujours se prévaloir des clauses réglementaires d'un contrat administratif dans le cadre d'une action en responsabilité quasi-délictuelle (CE Sect., 11 juillet 2011, *Gilles*, préc. ; CE, 31 mars 2014, *Union Syndicale du Charvet et a.*, préc.).

⁸⁹⁶ V. pour une étude plus complète sur ce point : G. CLAMOUR, « Tiers et responsabilité(s) liée(s) au contrat public », in *Mélanges Richer*, préc., p. 325.

Pour autant, l'effet relatif doit se concilier avec le principe d'opposabilité⁸⁹⁷, lequel témoigne des répercussions du contrat sur les tiers⁸⁹⁸. Le contrat est ainsi opposable aux tiers par les parties. Les tiers doivent donc respecter la situation juridique née du contrat⁸⁹⁹. Réciproquement, le contrat est opposable aux parties par les tiers⁹⁰⁰. Ainsi ces derniers peuvent se prévaloir de la violation d'obligations extracontractuelles⁹⁰¹ à l'occasion de l'exécution d'un contrat administratif, afin d'engager la responsabilité des cocontractants sur un fondement délictuel ou le plus souvent quasi-délictuel⁹⁰². On ne saurait mieux expliquer cette subtilité que certains spécialistes des différentes formes de responsabilités en droit administratif, à l'instar de Jérémy Bousquet⁹⁰³. Ce dernier précise que « le principe d'opposabilité permet de tolérer qu'un tiers puisse se plaindre de l'inexécution d'un contrat en invoquant une faute quasi-délictuelle d'un débiteur contractuel, le contrat constituant un fait social. Cependant, en principe, l'opposabilité ne doit pas permettre d'invoquer une faute strictement contractuelle, puisque c'est justement ce que prohibe le principe de l'effet relatif : dans ce cas, la réparation du dommage constituerait en effet une exécution du contrat par équivalent. [...] Pour le Conseil d'État⁹⁰⁴, le principe d'opposabilité, s'il permet à un tiers d'engager une responsabilité quasi-délictuelle d'un débiteur contractuel, c'est à la condition primordiale qu'il démontre que la faute contractuelle se dédouble en une faute quasi-délictuelle. Dès lors, cette solution ne heurte en aucun cas le principe de l'effet relatif du contrat puisque les tiers à un contrat administratif n'obtiendront jamais l'exécution par

⁸⁹⁷ F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, 12^e éd., Dalloz, 2018, pp. 750-758 ; H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd. Dalloz, 2019, pp. 519-522.

⁸⁹⁸ « [La] restriction [de l'effet du contrat] ainsi posée ne postule pas l'absence d'effet matériel d'un contrat sur les tiers, mais seulement l'absence d'effet obligatoire. » (M. UBAUD-BERGERON, « Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat », préc.).

⁸⁹⁹ Art. 1200 C. civ. al. 1^{er} : « Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. ».

⁹⁰⁰ Art. 1200 C. civ. al. 2 : « [Les tiers] peuvent [se] prévaloir [du contrat] notamment pour apporter la preuve d'un fait. ».

⁹⁰¹ « [Les] obligations nées de la mise en jeu de la responsabilité administrative [...], à la différence de la responsabilité civile régie par le Code civil, ne distingue pas entre obligation délictuelle et obligation quasi-délictuelle, mais entre responsabilité pour faute prouvée et responsabilité sans faute à prouver. » (J.-C. RICCI et F. LOMBARD, *Droit administratif des obligations*, Sirey, 2018, p. 28, §30). Il importe peu que la faute de l'administration ait été commise volontairement (délict) ou involontairement (quasi-délict).

⁹⁰² V. en particulier pour les hypothèses dans lesquelles les tiers au contrat administratif peuvent rechercher la responsabilité extracontractuelle des parties : H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 589, pp. 521-522 ; P. TERNEYRE, « Responsabilité contractuelle » in Rép. resp. puiss. publ., n° 89.

⁹⁰³ J. BOUSQUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, Thèse, LGDJ, 2019.

⁹⁰⁴ CE Sect., 11 juillet 2011, *Gilles*, préc. ; CE, 31 mars 2014, *Union Syndicale du Charvet et a.*, préc.

équivalent du contrat. En d'autres termes, en droit administratif, le domaine attribué au principe d'opposabilité ne permet aucune immixtion dans le domaine de l'effet relatif »⁹⁰⁵.

L'impact de l'effet relatif du contrat administratif sur le contentieux de la validité est en revanche plus incertain. Toute la question est en effet de savoir si le principe fait également obstacle à la faculté pour les tiers de contester l'existence même d'une situation juridiquement opposable, matérialisée par le contrat⁹⁰⁶. Dans les rangs des professeurs de droit privé on a pu se demander « comment des tiers pourraient-ils avoir un intérêt à attaquer un contrat dès lors que le principe de l'effet relatif prive celui-ci de tout effet à leur égard »⁹⁰⁷, tout en objectant que « s'en tenir à une telle analyse serait avoir une vision inexacte des effets du contrat »⁹⁰⁸. Car faut-il le rappeler, « dépourvu de tout effet obligatoire à l'égard des tiers, le contrat ne leur en est pas moins imposable en tant que fait. Aussi bien ces tiers peuvent-ils, pour se soustraire aux effets indirects qui résultent de cette opposabilité, avoir un intérêt à invoquer la nullité absolue »⁹⁰⁹. Du côté du droit administratif, une conception similaire s'est imposée sans pour autant faire émerger les mêmes exceptions au principe de l'effet relatif au sein du contentieux de l'annulation intéressant les tiers. La doctrine publiciste, en particulier la plus contemporaine, attribue l'irrecevabilité du recours des tiers contre le contrat administratif à l'effet relatif de ce dernier⁹¹⁰. Dès lors, les différents modes de contestation du contrat proposés aux tiers sont présentés comme des tempéraments au principe de l'effet relatif. Le constat est partagé qu'il s'agisse, soit d'un recours en excès de pouvoir contre un acte détachable, une clause réglementaire ou un contrat de recrutement d'agent public⁹¹¹ ; soit plus récemment, d'un

⁹⁰⁵ J. BOUSQUET, « Le principe de la relativité de la faute contractuelle en droit administratif », *RFDA* 2018 p. 1041.

⁹⁰⁶ Jérémy Bousquet distingue ainsi « la situation résultant de l'exécution du contrat » de « la situation contractuelle elle-même » (*ibid.*).

⁹⁰⁷ F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, préc., n° 542, pp. 619-620.

⁹⁰⁸ *Ibid.*

⁹⁰⁹ *Ibid.*

⁹¹⁰ V. notamment : C.-A. DUBREUIL, *Droit des contrats administratifs*, PUF, 2018, n° 1137 et s. ; A. DE LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, t. 2, 2^e éd., LGDJ, 1983, p. 1001, n° 1786 ; B. PLESSIX, *Droit administratif général*, 4^e éd., LGDJ, 2022, p. 1614, n° 1211 ; M. UBAUD-BERGERON, « Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat », préc.

⁹¹¹ M. UBAUD-BERGERON, « Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat », préc.

recours de plein contentieux contre le contrat administratif⁹¹². Ces dernières évolutions coïncideraient ainsi avec un renouvellement de l'approche de l'effet relatif du contrat administratif⁹¹³.

Que déduire alors d'un recours dont l'ouverture aux tiers est finalement aussi restreinte que celle mise en place par la décision *Tarn-et-Garonne*⁹¹⁴ ? Dans ces conditions, le recours des tiers contre le contrat administratif ne peut apparaître comme une réelle entorse au principe de l'effet relatif. Au contraire, ce dernier pourrait bien être l'une des raisons justifiant cet accès si mesuré des tiers au prétoire du juge de plein contentieux. Il est cependant permis d'en douter, dans la mesure où les modalités d'accès des tiers au juge du contrat ont été mises en place de sorte à garantir la stabilité des relations contractuelles⁹¹⁵, non pas l'effet relatif. La timide référence au principe dans les conclusions du rapporteur Dacosta est sur ce point très révélatrice⁹¹⁶. Mais si l'effet relatif du contrat n'est pas la cause de l'ouverture limitée du recours « *Tarn-et-Garonne* », il en est assurément la conséquence. La persistance de la difficulté des tiers à contester le contrat administratif trahit inévitablement une relativisation des effets du contrat à leur égard.

Or, le principe de l'effet relatif n'a de sens qu'au sein du contentieux de l'exécution⁹¹⁷. En tant que corollaire de la force obligatoire du contrat, il signifie uniquement que le contrat

⁹¹² D. CASAS, « Un nouveau recours de pleine juridiction contre les contrats administratifs », concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, *RFDFA* 2007 p. 696 ; C.-A. DUBREUIL, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 458 ; E. LANGELIER, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, LGDJ, 2012, p. 524 ; F. JURY, « Les droits des tiers dans le contentieux des contrats administratifs : un droit au juge en « trompe-l'oeil », *RFDFA* 2019 p. 55 ; J.-C. RICCI et F. LOMBARD, *Droit administratif des obligations*, Sirey, 2018, p. 186.

⁹¹³ L'évolution conceptuelle de l'effet relatif du contrat de droit privé aurait été amorcée bien avant, au cours du XIX^e siècle. V. en ce sens : F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, préc., n^o 668, p. 744.

⁹¹⁴ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁹¹⁵ « Il est d'ailleurs tout à fait paradoxal de considérer l'ouverture du plein contentieux aux tiers comme une dérogation à l'effet relatif des contrats, censé *a priori* leur être favorable, alors même qu'elle a été conçue comme un moyen de rassurer les parties et d'assurer une meilleure stabilité des relations contractuelles donc au détriment des tiers et par voie de conséquence au détriment du principe de légalité qui a pourtant justifié, dès le début du XX^e siècle que l'on déroge à l'effet relatif des contrats administratifs. » (J. BOUSQUET, « L'effet relatif des contrats administratifs. À propos de décisions récentes. », préc.).

⁹¹⁶ La théorie de l'effet relatif y est brièvement mentionnée : v. concl. B. DACOSTA, sur CE Ass, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, *RFDFA* 2014 p. 425.

⁹¹⁷ « À notre avis les jurisprudences *Tropic* et *Département de Tarn-et-Garonne* ne constituent pas une dérogation ou même un abandon de l'effet relatif des contrats dans le contentieux de la validité. Elles tendent plutôt à démontrer que l'effet relatif, à l'instar du droit privé, ne se conçoit pas en ce domaine. Aussi bien pour le Conseil d'État que pour la Cour de cassation, ce principe cardinal du droit des contrats manifeste exclusivement ses effets dans le contentieux de l'exécution. » (*Ibid.*).

ne produit pas les mêmes effets vis-à-vis des cocontractants et des tiers. Les parties sont liées par des obligations contractuelles, les tiers ne le sont pas. C'est pour cette raison que ces derniers ne peuvent ni exiger l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter⁹¹⁸, à l'inverse des cocontractants pour lesquels il tient lieu de loi. En réalité, si l'on doit reprendre la distinction opérée par Jérémy Bousquet⁹¹⁹, « la situation résultant de l'exécution du contrat »⁹²⁰ ne concerne – presque⁹²¹ – pas les tiers. En revanche, « la situation contractuelle elle-même » les regarde, car elle s'impose à eux. Ainsi aucune règle n'étend l'application du principe de l'effet relatif au contentieux de l'annulation. L'opposabilité du contrat s'y révèle même davantage. Dès lors, les difficultés voire l'impossibilité à contester la situation née d'un contrat vont à l'encontre de la signification réelle du principe de l'effet relatif du contrat. Elles postulent pour son application dans un domaine où il n'a pas lieu d'être.

Il nous semble que l'effet relatif du contrat administratif ne peut donc figurer parmi les éléments légitimant, au moyen d'une subjectivisation des conditions d'accès au prétoire du juge, l'ouverture sensiblement modérée du recours des tiers contre le contrat administratif. La dénaturation du principe, à travers sa persistance au sein du contentieux de l'annulation, appelle au contraire à agrandir davantage la brèche ouverte par le Conseil d'État à la suite de la décision *Tarn-et-Garonne*⁹²². Cette actualisation contribuerait à redonner tout son sens au concept d'effet relatif. La démarche est d'autant plus importante qu'elle contribuera à redonner au contrat son caractère administratif.

⁹¹⁸ Art. 1199 C. civ., préc. V. *supra*. ci-dessus.

⁹¹⁹ J. BOUSQUET, « Le principe de la relativité de la faute contractuelle en droit administratif », préc.

⁹²⁰ *Ibid.*

⁹²¹ Sans contredire la conception de la notion d'effet relatif ici développée, il serait pertinent de s'interroger sur l'opportunité pour les tiers de s'immiscer dans l'exécution du contrat administratif. Après tout, son bon déroulement est censé être assuré par la personne qui agit dans leur intérêt : l'administration. À l'évidence, cette question déborde le périmètre de notre étude et force la comparaison entre deux situations différentes, à savoir celle résultant de l'exécution du contrat et celle résultant de sa signature.

⁹²² CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

B/ Le renforcement du caractère administratif du contrat administratif

La dimension publique du contrat administratif tient largement à son impact sur la situation des tiers. Aucun contrat de droit privé ne peut se targuer, d'un point de vue qualitatif, d'un retentissement aussi important que celui d'un contrat administratif. Le plus gros contrat de droit commun ne poursuivra jamais d'objectifs comparables aux intérêts qui sous-tendent la signature du plus modeste contrat de droit administratif. Par conséquent, les effets du premier ne se déploieront jamais dans une sphère aussi importante que celle dans laquelle rejaillissent les effets du contrat administratif. Dès la construction de sa théorie générale, on affirme « [qu'il] est de l'essence des contrats administratifs de produire des effets à l'égard des tiers, parce que l'administration n'a pas stipulé dans un intérêt égoïste, mais animée par un but de service public et en vue de l'intérêt général »⁹²³. La poursuite de la satisfaction de l'intérêt général au moyen de la conclusion d'un contrat administratif emporte ainsi, avec une évidence incontestable, des effets sur les tiers.

Il ne s'agit cependant pas ici de confondre les intérêts des tiers avec l'intérêt général. À supposer que les intérêts des tiers soient des intérêts particuliers, aucune acception de l'intérêt général⁹²⁴ n'autorise une assimilation totale de celui-ci avec des intérêts plus individuels⁹²⁵. « [II] existe [en effet] deux conceptions, l'une utilitariste, l'autre volontariste, de l'intérêt général, liées à deux visions de la démocratie : l'une, qui privilégie la liberté de l'individu et voit l'intérêt général comme le résultat d'un consensus entre les intérêts particuliers ; l'autre, plus proche de la tradition républicaine française, selon laquelle l'intérêt général exige le dépassement des intérêts particuliers »⁹²⁶. En adoptant la conception utilitariste de l'intérêt général, d'inspiration anglo-saxonne, on pourrait admettre qu'il se compose d'intérêts privés. Pour autant l'intérêt général ne s'y présente pas comme la somme des intérêts particuliers. Il dépasse le résultat de cette simple addition, car il se forme par le biais d'un processus beaucoup plus consensuel. Le Professeur Jacques Chevallier présente ainsi l'intérêt général, selon l'approche utilitariste, comme le « meilleur compromis

⁹²³ G. PÉQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, Pédone, 1945, p. 547.

⁹²⁴ L. BAHOUAGNE, « Identification du service public » in *Répertoire du service public*, Dalloz, n° 67 et s.

⁹²⁵ Nous mentionnerons ici indistinctement « intérêt particulier », « intérêt privé » et « intérêt individuel », par opposition à l'intérêt général.

⁹²⁶ R. DENOIX DE SAINT-MARC, « Éditorial », Rapport public du Conseil d'État : *Réflexions sur l'intérêt général*, 1999, EDCE, p. 12.

possible »⁹²⁷ résultant d'une mise en balance entre divers intérêts « particuliers, fragmentaires et concurrentiels, des membres du corps social »⁹²⁸. Le Professeur Louis Bahougne le définit quant à lui « comme la résultante de la maximisation des demandes particulières »⁹²⁹. Les intérêts particuliers – potentiellement des tiers aux contrats administratifs – ne coïncident donc pas pleinement avec l'intérêt général. Ils l'intègrent plutôt sous la forme d'une mutation en un ensemble consensuel.

Les intérêts individuels se confondent encore moins avec l'intérêt général tel qu'il est conçu au sein de l'ordre juridique français. Le Professeur Chevallier précise à ce sujet « [qu'en] France, comme dans d'autres pays d'Europe continentale, a au contraire prévalu la conception d'un intérêt général opposé aux intérêts particuliers. Intérêt général et intérêts particuliers ont été perçus comme étant, non seulement d'essence différente, mais encore contradictoire : l'intérêt collectif de la société entrerait inévitablement en conflit avec les intérêts particuliers des membres, contre lesquels il devrait être protégé et imposé »⁹³⁰. Il en résulte que « l'intérêt général constitue une sorte de synthèse qui transcende tout à la fois les intérêts particuliers en même temps que la diversité des intérêts publics en présence »⁹³¹.

Le dépassement des intérêts privés par l'intérêt général n'est toutefois pas constitutif d'un obstacle à toutes interactions entre les deux. Lorsqu'ils ne se confrontent pas, la recherche de la satisfaction de l'intérêt général peut accessoirement conduire à contenter des intérêts particuliers. C'est ainsi que le contrat administratif, outil à disposition d'une administration « animée par un but de service public et [d'] intérêt général »⁹³², emporte des effets sur les tiers. Il est conclu dans l'intérêt de ces derniers, notamment en leur qualité d'usagers du service public, de contribuables, ou plus généralement, en tant que bénéficiaires de politiques publiques. Le constat est encore partagé dans les couloirs du

⁹²⁷ J. CHEVALLIER, « Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ? », in *Mélanges Truchet*, Dalloz, 2015, p. 83.

⁹²⁸ *Ibid.*

⁹²⁹ « La conception objective de l'intérêt général est traditionnellement associée à une approche utilitariste. Dans sa forme non laïcisée, elle s'entend du bien commun. Suivant cette approche, l'intérêt général se définit comme la résultante de la maximisation des demandes particulières. L'approche est dite objective, car elle revêt une dimension presque comptable par la recherche de la satisfaction du plus grand nombre. Le bonheur de tous ne peut se concevoir sans le bonheur de chacun. » (L. BAHOUGNE, « Identification du service public », préc., n° 74).

⁹³⁰ J. CHEVALLIER, « Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ? », préc.

⁹³¹ L. BAHOUGNE, « Identification du service public », préc., n° 68.

⁹³² G. PÉQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, préc.

Palais-Royal. À titre illustratif, Xavier Domino, alors maître des requêtes au Conseil d'État, a pu préciser : « [qu'un] contrat administratif n'est pas un contrat tout à fait comme les autres. Il comporte des sujétions spécifiques, il emporte des règles particulières. Ces singularités procèdent en grande partie de ce que la conclusion de tels contrats relève directement ou indirectement du besoin d'assurer le service public, et de l'assurer au meilleur coût, dans l'intérêt du contribuable comme de l'utilisateur »⁹³³.

La satisfaction de l'intérêt général commence même en amont de la conclusion du contrat administratif, lors de sa formation. Si les motifs des procédures de publicité et de mise en concurrence ont évolué, en particulier sous l'influence du droit de l'Union européenne⁹³⁴, ils continuent de répondre aux exigences d'intérêt général. La recherche de l'offre la plus avantageuse⁹³⁵, au regard des enjeux économiques et sociaux⁹³⁶ ou environnementaux⁹³⁷, n'est finalement pas motivée par autre chose que l'intérêt général. Or les règles de publicité et de mise en concurrence qui entourent la passation de nombre de contrats administratifs profitent incidemment à certains tiers : les opérateurs économiques.

Alors qu'un contrat administratif est ainsi censé améliorer la situation des tiers, il peut à l'inverse la dégrader. Dans certains cas en effet, sa passation est susceptible de menacer les finances publiques ou de constituer un acte de mauvaise gestion des deniers publics, au

⁹³³ X. DOMINO, « Contrat, domaine public et action en responsabilité des tiers : un partout, balle au centre », *AJDA* 2011 p. 1949.

⁹³⁴ « Ces règles ont d'abord été conçues pour préserver la moralité publique et les deniers publics. Puis, sous l'influence du droit européen, attaché à la réalisation du marché intérieur et à la promotion de la libre concurrence, cela a évolué. Elles sont désormais plutôt pensées comme ayant pour finalité de protéger les entreprises contre les personnes publiques. » (H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 300, §330). V. également : S. DE LA ROSA, *Droit européen de la commande publique*, 2^e éd., Bruylant, 2020 ; F. LINDITCH, « L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats publics », *LPA* n° 79, 19 avr. 2007, p. 29 ; F. MARTUCCI, « Les objectifs de la commande publique en droit de l'Union », in *La commande publique, un levier pour l'action publique ?*, dir. E. MULLER, Dalloz, 2018, p. 73 ; F. ROLIN, « Le rôle de la pratique dans la construction des contrats publics », in *Mélanges Richer*, préc., p. 9.

⁹³⁵ H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 336, §367.

⁹³⁶ F. ALLAIRE, « L'accès des PME à la commande publique », in *Commande publique, un levier pour l'action publique*, préc., p. 139 ; B. DACOSTA, « L'accès des PME aux marchés publics dans la nouvelle directive marchés publics », *BJCP* 2014. 323 ; L. RAPP, « L'accès des PME aux marchés publics : un small business act ? », *Contrats-Marchés publ.* Juin 2014 ét. 12 ; « Sept solutions simples pour améliorer l'accès des PME aux contrats de la commande publique », *CP* n° 148/ 2014.

⁹³⁷ N. BOULOUIS, « Le contrat public au service du développement durable : limites et perspectives », *RFDA* 2014 p. 617 ; P. IDOUX, « Les considérations sociales et environnementales », *RFDA* 2016 p. 260 ; « La commande publique au service du développement durable », in *La commande publique, un levier pour l'action publique ?*, préc., p. 107 ; O. LAFFITTE, « Définir des besoins et achat public responsable », *CP* n° 170/ 2016, p. 39 ; V. MICHELIN et C. CABANES, « La prise en compte des objectifs de développement durable lors de la préparation d'un marché public », *CP* n° 170/ 2016, p. 43.

détriment du contribuable. De même, la signature d'une concession peut entraîner une détérioration de la qualité du service public ou rendre celui-ci plus onéreux pour les usagers. D'autres projets encore risquent parfois de causer des nuisances aux riverains ou de détériorer des sites naturels. Les exemples d'atteintes éventuelles aux intérêts des tiers, causées par un contrat administratif, ne manquent pas. C'est précisément ce qui justifie leur possibilité de le contester.

L'impact du contrat administratif sur la situation des tiers est tel qu'il pourrait conduire à remettre en cause l'existence même du principe de l'effet relatif⁹³⁸. L'absence de toute référence à celui-ci au sein du Code de la commande publique⁹³⁹ abonderait en ce sens, bien que le corpus ne recouvre pas l'ensemble des contrats administratifs⁹⁴⁰. Une vision plus nuancée de la portée du principe reposerait en revanche sur l'intensité du lien unissant une personne à un contrat administratif. L'effet relatif, inapplicable aux parties, tendrait à se tempérer face aux tiers les plus intéressés par le contrat, comme les concurrents évincés ou les tiers à l'égard desquels il produit des effets⁹⁴¹, ce qui est finalement susceptible d'inclure un vaste ensemble d'administrés. Au regard des éléments exposés précédemment⁹⁴², nous ne pouvons cependant que rejeter cette théorie. L'effet relatif du contrat administratif ne peut pas être d'application variable, car il signifie uniquement que le contrat n'exerce pas sa force contraignante sur les tiers, peu importe leur qualité et leur relation au contrat.

Quoiqu'il en soit, l'effet relatif et ce qu'on pourrait qualifier, par abus de langage, d'effet administratif du contrat ne sont pas antinomiques. Que le contrat administratif n'exerce sa force obligatoire qu'à l'égard des parties ne remet pas en cause son caractère administratif, notamment tiré de ses conséquences sur la situation des tiers. Parce qu'il n'est pas un contrat comme les autres, qu'il revêt une dimension publique, le contrat administratif emporte des

⁹³⁸ « [L]’effet relatif d’un contrat administratif est lui-même tout relatif tant ce contrat intéresse par définition le collectif. » (X. DOMINO, « Contrat, domaine public et action en responsabilité des tiers : un partout, balle au centre », préc.).

⁹³⁹ V. notamment art. 6 CPP.

⁹⁴⁰ Y. GAUDEMET, « Le contrat administratif au lendemain du Code de la commande publique », RDC 2021 n° 2 p. 1.

⁹⁴¹ « [L’effet relatif] ne s’applique pas non plus pleinement aux tiers intéressés, qui gravitent dans la sphère contractuelle et qui sont « intéressés » par le contrat (ex. concurrents évincés), soit parce que ce tiers est un maillon d’une chaîne de contrats ou un membre d’un groupe de contrats lui permettant de faire valoir des droits ayant une « origine contractuelle », soit parce que ce contrat produit des effets à son égard. » (H. HOEPPFNER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 585).

⁹⁴² V. *supra*.

effets sur les tiers sans commune mesure, qu'ils soient pour ces derniers bienvenus ou non. Or, force est de constater que les conditions actuelles d'ouverture du recours « Tarn-et-Garonne » relatives aux requérants vont à l'encontre de la nature profonde du contrat administratif. La relativisation de ses effets à l'égard des tiers vient heurter de plein fouet le caractère administratif du contrat, sacrifié sur l'autel de la stabilité des relations contractuelles et de l'efficacité des politiques publiques. Mais elle revient à nier partiellement ce qui contribue à sa particularité, à son exorbitance. Seule une convergence des modalités d'accès des tiers au juge du contrat vers une ouverture plus large du recours de plein contentieux pourrait y remédier. Ceci d'autant plus qu'elle rendrait davantage compte de la place des tiers par rapport au contrat administratif.

§2. LES MOTIFS TIRÉS DES TIERS AU CONTRAT ADMINISTRATIF

De l'insouciance des effets réels du contrat administratif sur les tiers résulte à la fin une sorte de négligence de leur situation. Puisque les tiers sont d'abord perçus – à tort – comme une menace pour la stabilité des relations contractuelles, le prétoire du juge du contrat leur est fermé, à double tour. Une restriction de l'accès des tiers au juge du contrat telle que celle imposée par la décision *Tarn-et-Garonne*⁹⁴³ interroge nécessairement sur le droit au recours. Or l'atteinte portée au droit au juge repose sur des fondements discutables, en particulier car il existe d'autres alternatives pour répondre aux objectifs poursuivis (A).

Au-delà de renforcer le respect du droit au recours, une modification des conditions d'accès au juge du contrat relatives aux tiers permettrait de leur confier enfin le rôle qui leur revient au sein du contentieux contractuel administratif (B).

⁹⁴³ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

A/ La protection du droit au recours des tiers au contrat administratif

Dès lors que les tiers sont des requérants potentiels, leurs conditions d'accès au juge du contrat administratif s'apprécient nécessairement à l'aune du droit au recours⁹⁴⁴. La place occupée par celui-ci au sein de la pyramide des normes oblige en effet à s'interroger sur les conséquences de l'arrêt *Tarn-et-Garonne*⁹⁴⁵ sur sa portée réelle.

Le droit au recours a été consacré par la Cour européenne des droits de l'Homme sur le fondement de l'article 6§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales⁹⁴⁶, à l'occasion de l'affaire *Golder c/ Royaume-Uni*⁹⁴⁷ de 1975. Près d'une décennie plus tard, la Cour de Justice des Communautés européennes affirmera qu'il s'agit « d'un principe général de droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres »⁹⁴⁸.

⁹⁴⁴ « La première grande question pour un requérant (et son conseil) est de savoir s'il a ou non accès au juge administratif pour introduire un recours. L'ouverture des recours peut donc s'analyser sous l'angle du droit d'accès au juge, composante du droit au recours tel que garanti en droit positif aux plus hauts niveaux de la hiérarchie des normes. » (Olga MAMOUDY, « L'ouverture du recours », *RFDA* 2019 p. 669). V. plus généralement sur le droit au recours : L. FAVOREU, A. DUFFY-MEUNIER, I. FASSASSI *et. al.*, *Droit des libertés fondamentales*, 8^e éd., Dalloz, 2021, p. 546 et s. ; S. HENNEQUE-VAUCHEZ et D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz, 2020, n° 317 et s. ; G. SCHMITTER, « Étendues et limites du droit au recours juridictionnel », *RFDC* 2015 p. 935.

⁹⁴⁵ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁹⁴⁶ Art. 6§1 Conv.EDH : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. [...] ». Ne pas confondre avec l'art. 13 Conv.EDH relatif au droit au recours effectif.

⁹⁴⁷ « La Cour arrive ainsi [...] à la conclusion que l'article 6-1 garantit à chacun le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil. Il consacre de la sorte le "droit à un tribunal", dont le droit d'accès, à savoir le droit de saisir le tribunal en matière civile, ne constitue qu'un aspect. » (CEDH, 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, n° 4451/70 ; R. PELLOUX, « L'affaire *Golder* devant la Cour Européenne des droits de l'Homme », *AFDI* 1975 p. 330 ; *GADLF*, 3^e éd. Dalloz, 2021 n° 2).

⁹⁴⁸ « Le contrôle juridictionnel imposé par [l'article 6 de la directive 76/207/CEE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail] est l'expression d'un principe général de droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres. Ce principe a également été consacré par les articles 6 et 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950. Comme il a été reconnu par la déclaration commune de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission, en date du 5 avril 1977 et par la jurisprudence de la Cour, il convient de tenir compte des principes dont s'inspire cette convention dans le cadre du droit communautaire. » (CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston c/ Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, n° 222/84).

Dans l'ordre juridique interne, le droit au recours fut progressivement déduit de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789⁹⁴⁹, sous l'impulsion du Conseil Constitutionnel. Se contentant au départ de se référer à cette disposition⁹⁵⁰, celui-ci finalement affirmé expressément « qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » ; qu'il résulte de cette disposition qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours *effectif*⁹⁵¹ devant une juridiction »⁹⁵². Les juges constitutionnels ne sont cependant pas les seuls garants du droit au recours au Palais-Royal. Le Conseil d'État a parallèlement rendu plusieurs décisions consacrant un droit au recours au juge administratif⁹⁵³. C'est par le célèbre arrêt de 1950 *Dame Lamotte*⁹⁵⁴, « monument historique de la procédure contentieuse »⁹⁵⁵, qu'il érigea l'ouverture du recours en excès de pouvoir contre toute décision administrative, même sans texte, au rang de

⁹⁴⁹ Art. 16 DDHC : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». V. sur ce point : R. FRAISSE, « L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et libertés », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 44 p. 9.

⁹⁵⁰ « [Les] dispositions [que le législateur] a prises n'ont ni pour objet ni pour effet de limiter la possibilité ouverte à tout requérant de demander l'abrogation d'actes réglementaires illégaux ou devenus illégaux et de former des recours pour excès de pouvoir contre d'éventuelles décisions de refus explicites ou implicites ; que dès lors il n'est pas porté d'atteinte substantielle au droit des intéressés d'exercer des recours ; qu'ainsi le moyen tiré d'une méconnaissance de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen manque en fait. » (CC, 21 janvier 1994, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, n° 93-335 DC ; P. HOCRÉTEIRE, *RFDA* 1995 p. 7 ; F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *RFDC* 1994 p. 364).

⁹⁵¹ Le droit au recours effectif est à l'origine issu de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme qui dispose que « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ». Il a notamment pour objectif de protéger les droits et libertés garantis par la Convention. Littéralement, il ne se confond donc pas avec l'accès au juge au sens de l'article 6§1. Pour autant ici il s'entend comme un droit au juge, à un recours juridictionnel constitutionnellement reconnu. V. en ce sens : L. FAVOREU, A. DUFFY-MEUNIER, I. FASSASSI *et. al.*, *Droit des libertés fondamentales*, préc., n° 478. Dans la décision citée ci-dessous, le Conseil Constitutionnel mentionne indistinctement le droit d'exercer « un recours effectif devant une juridiction » (cons. 83) et « le droit à un recours juridictionnel » (cons. 85).

⁹⁵² CC, 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, n° 96-373 DC. V. également : CC, 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, n° 99-416 DC ; CC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, n° 2006-540 DC ; CC, 17 juin 2011, *Association Vivraviry*, n° 2011-138 QPC.

⁹⁵³ X. DOMINO, « Droit au recours et équité du procès devant la justice administrative aujourd'hui », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel* n° 44 p. 35.

⁹⁵⁴ CE Ass., 17 février 1950, *Ministre de l'Agriculture c/ Dame Lamotte, Lebon* p. 110, concl. J. DELVOLVÉ, *RDP* 1951 p. 478 ; M. WALINE, *ibid.* ; note M. Waline ; *GADLF*, 3^e éd. Dalloz, 2021 n° 53 ; *GAJA*, 23^e éd., Dalloz, 2021, n° 56.

⁹⁵⁵ X. DOMINO, « Droit au recours et équité du procès devant la justice administrative aujourd'hui », préc.

principe général du droit⁹⁵⁶. Depuis le Conseil d'État s'est approprié « le principe à valeur constitutionnelle du droit d'exercer un recours juridictionnel [et] le droit d'accès à un juge consacré par les stipulations de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »⁹⁵⁷. Il est admis qu'au fil du temps et jusqu'à une période récente, l'accès au juge administratif n'a cessé d'être facilité⁹⁵⁸. Le recours en légalité s'est davantage ouvert, notamment par la multiplication des actes administratifs attaquables, tandis que de nouvelles voies de recours ont été créées, comme les procédures de référés⁹⁵⁹ ou le recours de plein contentieux contre le contrat administratif⁹⁶⁰.

L'arrêt *Tarn-et-Garonne*⁹⁶¹ semble s'inscrire dans cette volonté de renforcer le droit au recours. Alors qu'ils ne disposaient que d'une voie détournée pour interroger le juge de plein contentieux sur la légalité d'un contrat administratif, les tiers profitent désormais d'un accès direct à son prétoire et peuvent enfin attaquer le contrat. Mais d'un point de vue des conditions d'accès au juge du contrat relatives aux tiers ordinaires – intérêt lésé et moyens invocables⁹⁶² – le droit au recours est en réalité mis à mal. Les difficultés auxquelles doivent faire face les tiers ordinaires pour passer les portes du recours de plein contentieux nous

⁹⁵⁶ « [Le recours pour excès de pouvoir] est ouvert même sans texte contre tout acte administratif et [...] a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité » (CE Ass., 17 février 1950, *Dame Lamotte*, préc.).

⁹⁵⁷ CE, 29 juillet 1998, *Syndicat des avocats de France*, *Lebon* p. 313, concl. R. SCHWARTZ, *AJDA* 1998 p. 1010. À noter que dans cette décision, il n'est nullement fait mention de droit au recours *effectif*. Pour autant certains auteurs présentent le droit au recours comme impliquant à la fois un accès au juge et un caractère effectif de la voie de recours. V. en ce sens : M. GUYOMAR, B. SEILLER, *Contentieux administratif*, 6^e éd., Dalloz, 2021, n° 513 et s. Pour une référence du Conseil d'État au « droit constitutionnellement garanti à toute personne à un recours effectif devant une juridiction », v. : CE Avis, 6 mai 2009, *Khan*, *Lebon* p. 187.

⁹⁵⁸ X. DOMINO, « Droit au recours et équité du procès devant la justice administrative aujourd'hui », préc. ; Olga MAMOUDY, « L'ouverture du recours », préc.

⁹⁵⁹ La mise en œuvre du référé liberté fut d'ailleurs l'occasion d'affirmer « que le droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction, protégé par la Constitution et par les stipulations des articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, constitue une liberté fondamentale » (CE Ord., 30 juin 2009, *Ministre de l'Intérieur c/ Beghal*, *Lebon* p. 240 ; M.-C. ROUAULT, *JCP G* p. 139).

⁹⁶⁰ X. DOMINO, « Droit au recours et équité du procès devant la justice administrative aujourd'hui », préc. ; Olga MAMOUDY, « L'ouverture du recours », préc.

⁹⁶¹ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁹⁶² *Ibid.*

conduisent à partager le même constat que certains auteurs. Le droit des tiers au juge du contrat administratif est bel et bien un droit « en trompe-l'œil »⁹⁶³.

Certes le droit au recours n'est pas absolu. Il connaît des limites qui doivent être justifiées et proportionnées⁹⁶⁴. Pourtant, quelles que soient les justifications à la fermeture aux tiers du prétoire du juge du contrat administratif, toutes nous semblent devoir être exclues. Ainsi, la bonne administration de la justice administrative ne paraît pas opposée à un accès facilité des tiers au juge du contrat. On a pu constater, notamment dans le cadre du recours en excès de pouvoir, que « le libéralisme instauré au tournant des années 1900 par le Conseil d'État [...] a ouvert la porte à la multiplication des recours avec les effets que l'on sait en termes de fonctionnement et d'organisation de la juridiction administrative [...] »⁹⁶⁵. Le danger n'est pourtant pas avéré dès lors que le contentieux contractuel ne figure pas parmi les contentieux de masse⁹⁶⁶.

En revanche, le souci de préserver la stabilité des relations contractuelles afin de garantir l'efficacité de l'action publique s'avère peut-être plus légitime. Au sein des moyens de mise en œuvre des politiques publiques, le procédé contractuel s'est fait depuis quelques années déjà une place de plus en plus importante⁹⁶⁷. Il représente nécessairement un enjeu financier de taille pour les personnes publiques. D'où la nécessité de sécuriser les situations nées des contrats administratifs. La limitation de l'accès des tiers au juge du contrat administratif est en tout cas un outil utilisé pour y parvenir⁹⁶⁸. Mais elle revient tout de même, en l'état de la

⁹⁶³ F. JURY, « Les droits des tiers dans le contentieux des contrats administratifs : un droit au juge en « trompe-l'œil », *RFDA* 2019 p. 55. V. également en ce sens : S. HOURSON, « Les gorges étroites de Tarn-et-Garonne », *DA* 2017 alerte 118 ; F. LAFFAILLE, « la jurisprudence *Tarn-et-Garonne* ou le tiers « sans qualité » », *AJDA* 2018 p. 1201 ; O. MAMOUDY, « L'ouverture du recours », préc. ; J.-C. ROTOULLIÉ, « Le recours Tarn-et-Garonne, une voie de droit à l'effectivité limitée », *AJDA* 2019 p. 412.

⁹⁶⁴ M. GUYOMAR, B. SEILLER, *Contentieux administratif*, préc., n° 523 et s.

⁹⁶⁵ F. SICHLER-GHESTIN, « Préface », in *L'intérêt à agir devant le juge administratif*, dir. O. RENAUDIE, Berger-Levrault, 2015, p. 7.

⁹⁶⁶ Le contentieux des étrangers occupe une part extrêmement importante du contentieux administratif. Par exemple, en 2020, sur un total de 3006 affaires enregistrées devant la Cour administrative d'appel de Nancy, celles relatives aux marchés s'élevaient à 85 contre 2317 relatives aux étrangers (Rapport d'activité 2020 : <http://nancy.cour-administrative-appel.fr/A-savoir/Communiques/Rapport-d-activite-2020>).

⁹⁶⁷ Rapport public du Conseil d'État : *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, 2008, EDCE n° 58 ; L. RICHER, « La contractualisation comme technique des affaires publiques », *AJDA* 2003 p. 973 ; J. CHEVALLIER, « Contractualisation(s) et action publique », *RFDA* 2018 p. 209.

⁹⁶⁸ « La question de la sécurisation des transactions économiques réalisées par l'administration est indissociable de l'évolution de la notion même de service public depuis plusieurs décennies. Comment ne pas observer la concomitance de deux phénomènes, recul des droits des tiers et multiplication des opérations contractuelles menées avec des entités privées ? [...] On ne saurait étudier les effets de la jurisprudence *Tarn-*

jurisprudence *Tarn-et-Garonne*⁹⁶⁹, à priver les tiers de la possibilité de s'opposer à un contrat illégal qui porterait atteinte à leurs intérêts, voire de s'opposer à l'arbitraire administratif⁹⁷⁰. Franck Laffaille, dont le regard sur la situation des tiers est encore plus sévère, y voit même une manière « [d']éliminer la citoyenneté juridique, celle qui consiste à saisir le juge »⁹⁷¹. Sous couvert de considérations principalement économiques, est porté atteinte à « un corollaire indispensable de l'État de droit »⁹⁷². Or la prédominance de la stabilité des relations contractuelles sur le droit au juge est d'autant plus susceptible d'être dénoncée qu'il existe d'autres moyens de la garantir. Le juge du contrat, juge de plein contentieux, dispose aujourd'hui d'un office très complet⁹⁷³ et affiné au fil des décisions rendues en matière de contentieux contractuel administratif. Si bien qu'un recours d'un tiers est loin d'être synonyme d'annulation du contrat administratif, avec tous les inconvénients que cela induit.

Du point de vue du tiers ordinaire potentiellement requérant, le respect du droit à un recours juridictionnel commande une révision des conditions d'accès au juge du contrat qu'on exige actuellement de lui. Il en va de la défense de ses intérêts face à l'administration. Au-delà de cette considération, il incombe de lui confier un rôle important dans le contentieux contractuel administratif pour servir davantage l'intérêt général.

et-Garonne sans rappeler qu'elle est en parfaite symbiose avec la politique économique des pouvoirs publics depuis plusieurs décennies : le transfert d'activités dites d'intérêt général au profit d'opérateurs privés. La stabilité des transactions économiques apparaît un but louable. Qui - par l'absurde - se ferait le défenseur de l'instabilité contractuelle économique ? Reste que la jurisprudence *Tarn-et-Garonne* transforme cet objectif en argument d'autorité ; qu'importe les droits des tiers puisque le *credo* dominant est la sécurisation des transactions économiques. De manière classique, une technique juridique/juridictionnelle est mise au service d'une idéologie (au sens non péjoratif du terme) économique-politique. » (F. LAFFAILLE « La jurisprudence Tarn-et-Garonne ou le tiers « sans qualité », *AJDA* 2018 p. 1201).

⁹⁶⁹ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁹⁷⁰ « Plus largement, [la question de l'accès au juge administratif] peut être analysée sous l'angle de la protection des droits et libertés des administrés contre l'arbitraire administratif. L'étendue de cette protection dépend d'abord du degré d'ouverture du prétoire du juge administratif. S'il n'y a pas de recours, le justiciable n'a aucune prise sur l'action administrative illégale ou qui lui cause un préjudice. » (O. MAMOUDY, « L'ouverture du recours », préc.).

⁹⁷¹ F. LAFFAILLE « La jurisprudence Tarn-et-Garonne ou le tiers « sans qualité », préc. « [L']accès au juge est le vecteur inhérent à l'État de droit permettant de garantir les droits des citoyens » (*ibid.*).

⁹⁷² L. FAVOREU, A. DUFFY-MEUNIER, I. FASSASSI *et. a.*, *Droit des libertés fondamentales*, préc., n° 470. « En tant que garantie première de l'exercice des autres droits et libertés fondamentaux, il apparaît inclus dans notre conception générale du droit comme la traduction du principe essentiel de l'interdiction du déni de justice » (*ibid.*).

⁹⁷³ V. *infra*. p. 263 et s.

B/ L'attribution du rôle des tiers dans le contentieux contractuel administratif

En restreignant l'ouverture du recours contre le contrat administratif, l'arrêt *Tarn-et-Garonne*⁹⁷⁴ interroge sur la place que le Conseil d'État entend donner aux tiers au sein du contentieux contractuel. Mais « [la] jurisprudence *Tarn-et-Garonne* fut-elle, un jour seulement, pensée pour les tiers ? »⁹⁷⁵. Force est de constater, au regard des conditions drastiques qui leur sont demandées de réunir, que « les tiers-requérants, tenus à l'écart, semblent relégués au rang peu enviable d'éternels étrangers »⁹⁷⁶.

La place occupée par les tiers dans le contentieux contractuel administratif dépend de l'évaluation de l'intensité du lien qui les unit au contrat administratif, lui-même déterminé par la conception de l'acte contractuel. Le contrat administratif est considéré comme un instrument au service des politiques publiques, dont il convient d'assurer une certaine stabilité au nom de l'efficacité de l'action administrative, laquelle repose largement sur des considérations économiques. Les effets qu'il entraîne alors sur les tiers passent largement après ces impératifs⁹⁷⁷. Si on se base sur la définition commune de « tiers », ils n'auront jamais aussi bien porté leur nom. Dans le langage courant⁹⁷⁸ en effet, le tiers s'entend comme un individu extérieur « qui s'ajoute, qui est étranger à un ensemble de deux personnes, de deux groupes »⁹⁷⁹. Selon la 8^e édition du Dictionnaire de l'Académie française, il peut s'agir « par extension, d'une personne étrangère à une affaire »⁹⁸⁰. Tel est le cas des tiers au contrat administratif, étrangers aux affaires traitées par l'Administration par voie conventionnelle. Après tout, que représentent-ils face au service public, à l'intérêt général, ainsi qu'au deniers publics pour lesquels ils sont engagés ? Aussi doivent-ils rester éloignés du contrat administratif avec lequel ils n'auraient, selon la tendance actuelle, pas grand-chose à voir. Cette distance présumée entre les tiers et le contrat administratif se manifeste alors au sein du contentieux contractuel par un accès limité au juge. Certains auteurs font d'ailleurs remarquer que le phénomène se ressent aussi bien au niveau du contentieux de

⁹⁷⁴ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁹⁷⁵ S. HOURSON, « Les gorges étroites de Tarn-et-Garonne », préc.

⁹⁷⁶ *Ibid.*

⁹⁷⁷ V. *supra*. p. 194 et s.

⁹⁷⁸ En l'absence de définition en droit des contrats administratifs, la définition commune reste la référence sur laquelle se baser. V. intro.

⁹⁷⁹ V° « tiers » : <https://www.cnrtl.fr/definition/tiers>

⁹⁸⁰ V° « tiers » : <https://www.cnrtl.fr/definition/academie8/tiers>

l'annulation que de celui de l'exécution. Jérémie Bousquet souligne à ce propos que « la tendance de plus en plus marquée de la jurisprudence administrative d'assurer l'exécution des contrats pour des raisons essentiellement économiques [...] conduit à limiter le contrôle des administrés sur l'action de l'administration au-delà de leur simple intérêt personnel tant dans le cadre du contentieux de la validité, ce qui est flagrant, que dans le cadre du contentieux de l'exécution contractuelle, ce qui l'est peut-être moins [...]. [En] droit administratif, [...] la continuité et la bonne marche de l'action publique imposent de limiter le cercle de ceux qui peuvent agir, d'un point de vue purement contentieux, mais aussi du point de vue de l'engagement de la responsabilité des parties »⁹⁸¹.

Pour preuve que le contrat administratif relève d'affaires publiques dans lesquelles les administrés ne peuvent s'immiscer : le préfet et les élus locaux peuvent le contester dans des conditions bien plus favorables que celles auxquelles sont soumis les tiers dits ordinaires⁹⁸². Rappelons-le, cette facilité, en particulier au niveau des moyens invocables, se justifie « compte-tenu des intérêts dont ils ont la charge »⁹⁸³. Ces tiers privilégiés sont alors les seuls à se voir attribuer un rôle au sein du contentieux contractuel administratif. Deux séries d'arguments plaident pourtant en faveur d'un réajustement équilibré des conditions d'accès au juge du contrat relatives aux tiers. La première tient à l'opportunité de confier un rôle principal aux tiers privilégiés, la seconde relève de la nécessité d'attribuer une fonction essentielle aux tiers ordinaires.

En premier lieu donc, il convient de souligner que si l'importante ouverture du recours « Tarn-et-Garonne » aux tiers ordinaires se justifie *a priori* aisément, certains éléments permettent de douter de la pertinence du choix opéré par le Conseil d'État. Le préfet et les élus locaux se tiennent effectivement au rang de « hérauts sublimés de l'intérêt général »⁹⁸⁴, ce qui explique qu'ils disposent de l'intérêt à agir et des moyens pour assurer le respect du principe de légalité. Le contrôle de légalité du représentant de l'État repose sur un fondement constitutionnel⁹⁸⁵ qu'on ne saurait remettre en cause. L'ériger au rang de seul

⁹⁸¹ J. BOUSQUET, « L'effet relatif des contrats administratifs. À propos de décisions récentes. », préc.

⁹⁸² V. *supra*. p. 164 et s.

⁹⁸³ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁹⁸⁴ F. LAFAILLE, « La jurisprudence *Tarn-et-Garonne* ou le tiers « sans qualité » », préc.

⁹⁸⁵ Art. 72 al. 6 C. : « Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'État, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois ». V. également : p. 408 et s.

garant de la légalité des contrats administratifs peut toutefois causer quelques difficultés dans la pratique, tant les actes à contrôler sont nombreux et les moyens limités⁹⁸⁶, y compris au niveau juridictionnel depuis le basculement du déféré préfectoral en plein contentieux⁹⁸⁷. Dans le seul département de Meurthe-et-Moselle en 2020 par exemple, près de 50.000 actes ont été reçus par la Préfecture et les sous-préfectures au titre du contrôle de légalité⁹⁸⁸. Ce n'est pas un hasard si les actes soumis à ce contrôle ont fait l'objet d'un ajustement au fil des années⁹⁸⁹ ou que le seuil de transmission au contrôle de légalité des marchés publics a été revu à la hausse⁹⁹⁰. Par ailleurs, bon nombre de contrats administratifs échappent à l'obligation de se soumettre au contrôle de légalité⁹⁹¹. Une preuve supplémentaire que le préfet ne peut pas assumer seul ce rôle de protecteur du principe de légalité.

Le statut privilégié des élus locaux pourrait alors remédier aux carences éventuelles du contrôle de légalité par le jeu de la démocratie. Or les membres de l'organe délibérant d'une collectivité ou d'un groupement de collectivités n'en demeurent pas moins politisés. Le risque d'instrumentalisation du recours « Tarn-et-Garonne » est bien réel. C'est la raison pour laquelle nous ne pouvons que partager les interrogations du Professeur Franck Lafaille : « pourquoi donner des facilités juridictionnelles similaires à l' élu local qui possède une essence et une mission autres ? Toute similitude organique et fonctionnelle doit être récusée : le représentant local est élu, et non pas nommé ; il est élu sur le fondement de la démocratie représentative ; il a vocation à défendre un programme idéologique (dans l'acception non péjorative du terme) incarnation d'une conception du vouloir vivre ensemble. Rien de comparable avec le rôle du préfet. [...] Pour nombre d'élus locaux

⁹⁸⁶ Dossier : « Que reste-t-il du contrôle de légalité ? », *Gazette des communes* 17/11/2020.

⁹⁸⁷ S. DOUTEAUD, « Face au contrat, le préfet reste-il un requérant « super privilégié » ? », *AJDA* 2012 p. 2154.

⁹⁸⁸ V. rapport d'activité des services de l'État en Meurthe-et-Moselle – Année 2020, p. 14 : <https://www.meurthe-et-moselle.gouv.fr/Publications/Rapports-d-activite-des-services-de-l-Etat-en-Meurthe-et-Moselle/Rapports-d-activite-des-services-de-l-Etat-en-Meurthe-et-Moselle-Annee-2020>

⁹⁸⁹ R. GRAND, « Rénover le contrôle de légalité en lui fixant des priorités », *AJDA* 2012 p. 244.

⁹⁹⁰ Décret n° 2019-1375 du 17 décembre 2019 relatif à la définition du seuil de présentation des marchés publics des collectivités territoriales et de leurs établissements publics au contrôle de légalité. V. sur ce point : B. KOEBEL, « Seuil de transmission au contrôle de légalité des marchés publics », *Contrats-Marchés publ.* 2020 comm. 66.

⁹⁹¹ Sont notamment soumis à transmission au représentant de l'État au titre du contrôle de légalité : « les conventions relatives aux emprunts, les marchés et les accords-cadres d'un montant au moins égal à un seuil défini par décret, les marchés de partenariat ainsi que les contrats de concession, dont les délégations de service public, et les concessions d'aménagement » (arts. L. 2131-2 al. 4, L. 3131-2 al. 4 et L. 4141-2 al. 3 CGCT).

minoritaires au sein d'assemblées délibérantes, la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*⁹⁹² permet de transférer sur le terrain contentieux des litiges parfois seulement politiques »⁹⁹³. Le Professeur Christophe Fardet alerte quant à lui sur le risque de pression des électeurs sur l'élu local d'opposition⁹⁹⁴.

En second lieu, il apparaît que les tiers ordinaires, pourtant privés d'un accès effectif au juge du contrat administratif, devraient en réalité profiter d'une place légitime au sein du contentieux contractuel. Leur rapport avec le caractère administratif du contrat⁹⁹⁵ oblige à leur confier un rôle plus actif dans la procédure contentieuse⁹⁹⁶. Derrière la défense de leurs intérêts privés, se cache en réalité la protection d'intérêts plus collectifs, partagés par d'autres tiers revêtant la même qualité que les tiers-requérants. Les concurrents évincés peuvent veiller au respect des procédures de passation, les contribuables locaux à la bonne gestion des deniers publics ou les usagers du service public à la qualité de celui-ci. D'aucuns estiment même que la prise en charge des services publics par les opérateurs privés devrait justement encourager cette surveillance des contrats par les tiers⁹⁹⁷. En tout état de cause, il apparaît évident que ni le préfet, ni les élus locaux, ne sont plus à-même et légitimes que les tiers ordinaires à assurer le respect du principe de légalité et surtout, à défendre le service public et l'intérêt général⁹⁹⁸.

L'absence de rôle contentieux des tiers ordinaires est symptomatique de l'absence de construction d'une notion de tiers au contrat administratif⁹⁹⁹. Dès lors que la définition de tiers se résume à celle d'un étranger, on conçoit difficilement qu'il puisse être accordé aux tiers au contrat administratif une place dans la procédure contentieuse. Au mieux, peut-on

⁹⁹² CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁹⁹³ F. LAFAILLE, « La jurisprudence *Tarn-et-Garonne* ou le tiers « sans qualité » », préc.

⁹⁹⁴ C. FARDET, « La jurisprudence *Département du Tarn-et-Garonne* ou le risque d'une *actio popularis* contre les contrats administratifs », BJCL Mai 2014 p. 316.

⁹⁹⁵ V. *supra*.

⁹⁹⁶ « Puisque le contrat administratif résonne – en son essence même – d'exorbitance, les tiers devraient être des acteurs privilégiés de la procédure contentieuse. » (F. LAFAILLE, « La jurisprudence *Tarn-et-Garonne* ou le tiers « sans qualité » », préc.).

⁹⁹⁷ « Alors même qu'une vigilance accrue devrait viser les mécanismes contractuels emportant intégration du secteur privé dans la gestion des services publics, le canal contentieux se rétrécit de manière drastique. Ceux-là mêmes qui devraient être les gardiens vigilants de leurs propres intérêts et de ceux de leurs collectivités - contribuables, usagers, concurrents évincés - sont les victimes contentieuses du nouveau mécanisme. » (*Ibid*).

⁹⁹⁸ V. en ce sens : *ibid*.

⁹⁹⁹ V. intro.

s'essayer à une typologie¹⁰⁰⁰, en distinguant les tiers en fonction des avantages attribués : un accès facilité pour les tiers privilégiés, apparemment uniques gardiens du principe de la légalité et de l'intérêt général ; un accès restreint pour les tiers ordinaires, prétendument désintéressés des affaires de l'Administration. Il est d'ailleurs assez paradoxal de désigner comme tiers – au sens étranger – des requérants privilégiés, car particulièrement concernés par la signature du contrat administratif. Si on retient cette définition de tiers, alors il n'y a pas de tiers privilégiés. Il existe simplement deux groupes de personnes : celles qui sont concernées par le contrat, eu égard à leur statut, et celles qui ne le sont pas : les tiers, c'est-à-dire les étrangers. Aussi, pour inclure ces derniers dans la procédure contentieuse, est-il préférable de concevoir autrement la notion de tiers. Le tiers doit s'entendre comme celui qui n'est pas engagé dans la relation contractuelle. Il n'a pas pris part à la conclusion du contrat et n'est donc pas chargé d'assurer son exécution¹⁰⁰¹. À partir de cette définition, on peut alors distinguer trois catégories de tiers : les tiers-étrangers, les tiers-intéressés et les tiers-requérants. Les premiers sont totalement désintéressés par le contrat administratif, car ils n'en subissent aucunes conséquences et souvent, n'ont même pas connaissance de son existence. Les deuxièmes sont au contraire concernés par le contrat, car ils en connaissent les effets. Ils peuvent d'ailleurs compter parmi les troisièmes, lesquels désignent évidemment les tiers se présentant devant le juge du contrat.

Cette nouvelle définition du tiers pourrait être le préalable d'une amélioration des conditions d'accès des tiers ordinaires au recours contre le contrat administratif. Elle servirait en effet de base à l'émergence d'une typologie alternative des différentes catégories de tiers au contrat administratif, au sein de laquelle se dégagerait le tiers-intéressé. Cette qualité serait reconnue à tous ceux concernés par le contrat administratif, sans distinguer et hiérarchiser les raisons de leur intérêt. Par conséquent, ils seraient admis à saisir le juge du contrat dans des conditions identiques, qu'il convient toutefois de préciser.

¹⁰⁰⁰ B. DACOSTA, « Esquisse d'une typologie des requérants en matière contractuelle », *AJDA* 2014 p. 2049.

¹⁰⁰¹ V. intro.

SECTION 2. LES DISPOSITIFS D'UNE CONVERGENCE

Les arguments en faveur d'une convergence des conditions d'accès des tiers au juge du contrat ne manquent pas. Encore faut-il trouver le point exact de cette convergence. Doit-on ouvrir le recours contre le contrat administratif aux tiers ordinaires dans les mêmes conditions que celles actuellement applicables aux tiers privilégiés ? Doit-on au contraire revoir plus en profondeur l'ouverture du recours « Tarn-et-Garonne », en réajustant sa recevabilité pour l'ensemble des tiers ? Dans un cas il s'agit d'uniformiser les modalités d'accès au prétoire du juge à partir d'éléments déjà connus ; dans l'autre, il est question de trouver de nouvelles modalités d'accès. Pour les raisons que nous allons présenter, il conviendra de retenir cette seconde solution.

Il serait tentant d'aller chercher les conditions d'ouverture du recours des tiers contre le contrat administratif sur la base de modèles profondément ancrés dans notre système contentieux administratif. En définissant la catégorie de recours à laquelle devrait appartenir la voie de contestation du contrat administratif, découlerait alors naturellement les conditions à remplir pour accéder au juge. Mais nombre de considérations rendent impossible le rattachement du recours des tiers contre le contrat administratif à une catégorie bien définie et imposent de l'appréhender comme un recours unique (§1). Cette qualification singulière du recours des tiers contre le contrat administratif octroie alors une grande liberté de choix des outils contentieux afin de retenir les conditions d'accès au juge les plus adaptées aux enjeux précédemment révélés (§2).

§1. L'ÉMANCIPATION DES CLASSIFICATIONS DES RECOURS

La détermination de nouvelles modalités d'accès au recours contre le contrat administratif relatives aux tiers suppose de délimiter un périmètre de recherche. Or ce dernier dépend de la fonction attribuée à la voie de recours. Parce que son objet a justement été mal défini, il s'avère cependant que la contestation du contrat administratif par les tiers s'accommode mal aux carcans des catégories contentieuses existantes (A). Aussi convient-il d'appréhender le recours des tiers contre le contrat administratif comme une voie de

recours unique, dont les conditions d'ouverture restent alors à déterminer selon ses propres caractéristiques (B).

A/ Une impossible catégorisation

Les ouvrages généraux de droit administratif¹⁰⁰² comme ceux plus spécialisés¹⁰⁰³ ne font jamais l'économie de la traditionnelle présentation dualiste de la structure contentieuse administrative opposant plein contentieux et excès de pouvoir. On doit cette théorie générale du contentieux administratif aux travaux de Lafferrière retranscrit dans son incontournable *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*¹⁰⁰⁴. De son effort de conceptualisation des différentes branches du contentieux administratif en une classification formelle¹⁰⁰⁵ naîtra cette « division cardinale »¹⁰⁰⁶ entre le contentieux de pleine juridiction et celui de l'annulation¹⁰⁰⁷, en dépit de l'identification de deux autres catégories de contentieux reléguées au second plan : celui de l'interprétation et de la répression¹⁰⁰⁸.

Ainsi que le laissent deviner les termes employés pour les qualifier, chacune de ces différentes branches du contentieux administratif se distingue des autres par rapport aux pouvoirs conférés au juge administratif. Pour celles qui dominent la matière¹⁰⁰⁹, le juge administratif dispose alors soit d'une plénitude de pouvoirs (contentieux de pleine juridiction)¹⁰¹⁰, soit d'un pouvoir limité à celui de l'annulation (contentieux de l'annulation)¹⁰¹¹. Comme le synthétise le Professeur Benoit Plessix, au sein de l'office du

¹⁰⁰² V. par ex. : R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, 15^e éd., Montchrestien, 2001 ; G. DUMONT et J. SIRINELLI, *Droit administratif*, 14^e éd., Dalloz, 2021 ; B. PLESSIX, *Droit administratif général*, 4^e éd., LexisNexis, 2022 ; J. WALINE, *Droit administratif*, 28^e éd., Dalloz, 2020.

¹⁰⁰³ V. par ex. : R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., Montchrestien, 2008 ; M. GUYOMAR et B. SEILLER, *Contentieux administratif*, 6^e éd., Dalloz, 2021.

¹⁰⁰⁴ E. LAFFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1887.

¹⁰⁰⁵ M. GUYOMAR et B. SEILLER, *Contentieux administratif*, préc., n° 226 et s.

¹⁰⁰⁶ B. PLESSIX, *Droit administratif général*, 4^e éd., LexisNexis, 2022, n° 1086.

¹⁰⁰⁷ E. LAFFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1887.

¹⁰⁰⁸ *Ibid.* Le contentieux de l'interprétation est celui dans lequel le juge administratif se contente de déclarer le sens ou la légalité de l'acte, tandis que le contentieux de la répression est celui dans lequel il assure la répression des contraventions de voirie (atteintes à l'intégrité ou à l'affectation du domaine public).

¹⁰⁰⁹ « C'est que, si l'on néglige les contentieux précédemment cités et quantitativement bien plus faibles, le législateur et la jurisprudence ont fini par développer deux contentieux identifiés par Lafferrière et en faire la division cardinale du contentieux administratif, assurant aux idées de l'ex-vice-président une pérennité inattendue, au point d'y faire entrer ce que Lafferrière lui-même avait cru pouvoir distinguer (par ex., le contentieux de l'interprétation. » (B. PLESSIX, *Droit administratif général*, préc., n° 1086, p. 1465).

¹⁰¹⁰ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., n° 228.

¹⁰¹¹ *Ibid.*

juge « réside le critère fondamental de distinction entre le plein contentieux et l'excès de pouvoir : dans le premier, le juge peut tout faire et aller en deçà (interprétation) ou au-delà de l'annulation (réformation) ; dans le recours pour excès de pouvoir, le juge n'a pas d'autre pouvoir que, soit de rejeter les recours infondés, soit d'annuler les actes illégaux dont il est saisi. [...] Son rôle de gardien de la légalité le borne à annuler les décisions illégales de l'Administration et à laisser à celle-ci le soin d'en tirer les conséquences, cette fois dans le respect de la légalité »¹⁰¹².

L'identification de l'appartenance d'une voie de recours au plein contentieux ou à l'excès de pouvoir est en principe aisée. Les pouvoirs déployés par le juge renvoient naturellement à l'un ou l'autre. De ce point de vue, le recours « Tarn-et-Garonne » appartient au contentieux de pleine juridiction. Il ne peut en aller autrement lorsqu'il revient au juge « soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat ; [ou en] présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, [...] de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité [qu'il] doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci ; [voire] enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés »¹⁰¹³. Au seul regard de la richesse de l'office du juge du contrat, le recours des tiers contre le contrat administratif doit incontestablement continuer de relever du plein contentieux. La raison est évidente : la prise en compte de la stabilité des relations contractuelles, du principe de légalité et des intérêts des tiers exige une mise à disposition d'une large palette de pouvoirs entre les mains du juge du contrat administratif. Les enjeux soulevés par le contentieux contractuel impliquent d'autres options que celles limitées à la disparition rétroactive du contrat administratif ou à son maintien dans l'ordonnancement juridique.

¹⁰¹² B. PLESSIX, *Droit administratif général*, préc., n° 1095.

¹⁰¹³ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

C'est donc davantage les éléments à prendre en compte pour régler le litige qui déterminent finalement le contentieux dans lequel il se situe et les pouvoirs du juge qui en découlent. D'autres auteurs ont ainsi proposé une distinction alternative à celle basée sur les pouvoirs du juge administratif, en se fondant sur la nature de la question posée par le requérant. Il s'agit de la classification matérielle¹⁰¹⁴. Principalement Duguit¹⁰¹⁵, mais aussi Jèze¹⁰¹⁶ et Waline¹⁰¹⁷, ont de cette façon identifié le contentieux objectif et le contentieux subjectif. Le premier vise à apprécier la conformité d'un acte administratif à la légalité¹⁰¹⁸ tandis que le second permet de déterminer l'existence et l'étendue d'un droit subjectif¹⁰¹⁹. Or il nous semble que la distinction proposée par Lafferrière n'a de sens que si on tient compte de la raison d'être de l'office du juge administratif, autrement dit de la question à laquelle il doit répondre. Aussi les deux classifications présentées sont loin d'être incompatibles, pour ne pas dire complémentaires¹⁰²⁰.

Partant de ce constat, on peut se livrer à un exercice de présentation plus précise, mais néanmoins synthétique des deux voies de recours traditionnellement dominantes dans le paysage contentieux administratif français. On observera à cette occasion qu'il existe une évidente réciprocité entre pouvoirs du juge et nature de la question posée. Le recours pour excès de pouvoir est, pour reprendre l'expression employée par Lafferrière, « un procès fait à un acte »¹⁰²¹, qui a « pour objet principal de statuer sur le sort juridique d'un acte de l'Administration »¹⁰²². La question posée au juge est ici de savoir si l'acte attaqué est légal. En cela le recours en excès de pouvoir permet « d'assurer le respect de la légalité, la

¹⁰¹⁴ M. GUYOMAR et B. SEILLER, *Contentieux administratif*, préc., n° 231 et s.

¹⁰¹⁵ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T. II, 3^e éd., Boccard, 1928, p. 458 et s.

¹⁰¹⁶ G. JÈZE, « Exposé critique d'une théorie en faveur au Conseil d'État sur la classification des recours contentieux en recours en annulation et en recours de pleine juridiction », *RDJ* 1908 p. 671 ; « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *RDJ* 1909 p. 667.

¹⁰¹⁷ M. WALINE, « Vers un reclassement des recours du contentieux administratif ? », *RDJ* 1935 p. 205.

¹⁰¹⁸ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., n° 229 ; B. PLESSIX, *Droit administratif général*, préc., n° 1101.

¹⁰¹⁹ *Ibid.*

¹⁰²⁰ « Cette seconde distinction est très éclairante de la consistance du contentieux administratif. Mais l'adopter n'implique pas le rejet absolu de la première. Elles se recoupent, en effet assez largement. Et c'est heureux : d'une part, en effet, il serait difficile (dans l'état du droit et celui du vocabulaire utilisé par les textes et les arrêts) de s'en tenir à la seconde ; mais, d'autre part, il serait regrettable de ne pas la prendre en considération. Il importera donc de ne pas oublier la distinction entre contentieux objectif et contentieux subjectif. Mais il convient aussi de ne pas conserver telle quelle la classification de Lafferrière. » (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., n° 229).

¹⁰²¹ E. LAFFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, préc., T. II, p. 561.

¹⁰²² B. PLESSIX, *Droit administratif général*, préc., n° 1096.

soumission de l'Administration du Droit. En d'autres termes, [il] est l'instrument du principe de légalité, l'outil contentieux permettant son respect concret et effectif »¹⁰²³. Gardien du principe de légalité, le juge de l'excès de pouvoir est alors chargé du « prononcé de l'annulation de l'acte illégal déféré, c'est-à-dire sa disparition rétroactive de l'ordonnancement juridique, seule à même d'accomplir un rétablissement à l'état pur d'une légalité jadis froissée, en faisant comme si l'acte illégal n'avait jamais existé »¹⁰²⁴. Pour ces raisons, le contentieux de l'excès de pouvoir se présente comme un contentieux objectif¹⁰²⁵. À l'inverse, le plein contentieux vise à régler une situation juridique individuelle « c'est-à-dire un état de fait dans lequel se trouve une personne et auquel le droit attache des conséquences, que cette personne entend précisément revendiquer ou défendre. Il peut donc s'agir de statuer sur les droits et obligations découlant de cette situation »¹⁰²⁶ et plus précisément, sur leur existence et leur étendue. Puisque la question posée au juge est bien plus complexe que celle de savoir si un acte est légal ou non, il dispose alors d'une plénitude de pouvoirs permettant de rendre la solution la plus adaptée à la situation. Le contentieux de pleine juridiction serait donc *a priori* un contentieux de nature subjective, lieu de défense des droits et intérêts individuels.

La distinction présentée ici révèle tout son intérêt à travers le régime applicable à chacun de ces recours, en particulier concernant les conditions d'accès des requérants au juge administratif. Dans le cadre d'un recours en excès de pouvoir il ne sera exigé du requérant qu'un simple intérêt à agir¹⁰²⁷. Une fois celui-ci admis, il pourra alors invoquer tout moyen à l'appui de son recours¹⁰²⁸. Dans le cadre d'un recours de plein contentieux, les exigences seront plus élevées. Le requérant devra justifier d'un droit ou d'un intérêt lésé¹⁰²⁹ et ne pourra pas invoquer n'importe quel moyen¹⁰³⁰. L'identification de la nature du litige

¹⁰²³ *Ibid.* n° 1095.

¹⁰²⁴ *Ibid.*

¹⁰²⁵ V. notamment en ce sens : R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., n° 244 ; M. GUYOMAR et B. SEILLER, *Contentieux administratif*, préc., n° 242 ; G. PELLISSIER, « Recours pour excès de pouvoir : conditions de recevabilité », *Rép. cont. adm.*, n° 9 ; B. PLESSIX, *Droit administratif général*, préc., n° 1096.

¹⁰²⁶ B. PLESSIX, *Droit administratif général*, préc., n° 1088.

¹⁰²⁷ G. PELLISSIER, « Recours pour excès de pouvoir : conditions de recevabilité », préc., n° 249 et s.

¹⁰²⁸ F. MELLERAY, « Recours pour excès de pouvoir : moyens d'annulation ».

¹⁰²⁹ V. HAÏM, « Recours de pleine juridiction », *Rép. cont. adm.*, n° 84 et s.

¹⁰³⁰ *Ibid.* n° 200 et s. « Ce principe de la liberté des moyens susceptibles d'être invoqués à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir, dont la jurisprudence ne s'est jamais départie est un de ceux qui manifestent de la manière la plus caractéristique la fonction de ce recours : permettre au requérant de se plaindre de ce qui ne l'a atteint pas, dès lors qu'il est acquis qu'il est affecté par l'acte, indique bien que le recours justifié par un

détermine ainsi les conditions d'ouverture du recours. Par conséquent, la recherche de nouvelles modalités d'accès des tiers au juge du contrat administratif implique de caractériser le recours dont ils disposent, autrement dit la fonction qu'on souhaite lui attribuer, indépendamment de la manière dont il a été présenté jusqu'à aujourd'hui.

Le recours des tiers contre le contrat administratif ne peut se réduire à un procès fait un acte¹⁰³¹. Certes, la question de la légalité du contrat se pose inévitablement et il convient d'y répondre. Certes encore, on ne peut avoir la naïveté de croire qu'un requérant s'adresse au juge de l'excès de pouvoir pour la beauté du principe de légalité. Il entend évidemment y tirer un avantage personnel, ce qui est bien le cas d'un tiers qui remet en cause la légalité d'un contrat. Mais la contestation du contrat administratif par les tiers confronte également la stabilité des relations contractuelles, la continuité du service public, l'intérêt général ou encore les intérêts divers des tiers. Il ne s'agit donc pas uniquement pour le juge de statuer sur la légalité du contrat, mais d'arbitrer la rencontre entre les intérêts en présence. Est-ce à dire que le recours des tiers contre le contrat administratif se situe sur le terrain du contentieux subjectif ? Il n'est pas certain que les intérêts défendus par les tiers soient exclusivement individuels.

S'il n'est pas un recours objectif propre à l'excès de pouvoir, on ne peut exiger des tiers-requérants un simple intérêt à agir garantissant l'invocabilité de tous les moyens, en dépit des avantages que cela présenterait ne serait-ce qu'au regard du droit au recours. S'il n'est pas non plus un recours subjectif connu en plein contentieux, on peut toutefois se réjouir de pouvoir se détacher de notions responsables d'un accès difficile au juge du contrat, comme celles d'*intérêt lésé* et de moyen en rapport direct avec ce dernier, voire de *droit lésé*. Ni vraiment objectif, ni complément subjectif¹⁰³², le recours des tiers contre le contrat administratif doit s'émanciper des catégories classiques existant dans le contentieux administratif pour trouver sa juste ouverture.

intérêt froissé est une occasion pour contester toutes les irrégularités liées à cet acte, bref que rendu recevable par son intérêt, le requérant va bien devenir l'auxiliaire du contrôle de légalité. » (F. ROLIN, « Du recours pour excès de pouvoir de l'État légal à la protection des intérêts subjectifs dans l'État contemporain : quelques réflexions critiques sur l'arrêt *Département du Tarn-et-Garonne* », RDP 2014 p. 1198).

¹⁰³¹ Ce qui est également le cas du recours en excès de pouvoir : v. *infra*.

¹⁰³² V. également en ce sens : J.-F. LAFAIX, « L'intérêt à agir devant le juge du contrat », préc.

B/ Une tentative de qualification

L'affranchissement du recours des tiers peut sembler osé tant les efforts pour le faire basculer du recours pour excès de pouvoir au plein contentieux ont été nombreux. Il n'empêche que cette émancipation est nécessaire. Elle est d'ailleurs facilitée par le contexte dans lequel elle s'inscrit. L'impossible classification du recours des tiers contre le contrat administratif dans l'une des branches contentieuses traditionnelles est en effet symptomatique des difficultés attachées à la catégorisation parfois artificielle des différentes voies de recours, qualifiée de « mise en ordre forcée »¹⁰³³ par le Professeur Benoit Plessix. Celui-ci précise justement que « là où Laferrière n'avait sans doute en vue qu'une grille schématisée de lecture destinée à encadrer et légitimer l'épanouissement du contentieux administratif, le Conseil d'État en a fait une distinction de droit positif, aux conséquences tranchées et tranchantes (par ex., ministère ou non d'avocat), s'employant à faire entrer avec zèle chaque nouveau recours dans l'un ou l'autre des compartiments rigides du contentieux administratif, quitte à forcer les catégories [...] »¹⁰³⁴. Le développement perpétuel du contentieux administratif français a entraîné une évolution des recours existants et l'apparition de nouvelles voies de recours dont la complexité se révèle incompatible avec les modèles juridiques proposés à l'origine, pour deux séries de raisons au moins¹⁰³⁵.

En premier lieu, les pouvoirs du juge administratif se sont enchevêtrés, notamment sous l'impulsion de la loi de 1995 instituant le pouvoir d'injonction¹⁰³⁶. Le recours en excès de pouvoir s'est considérablement enrichi, empruntant des solutions jusque-là uniquement rendues par le juge de pleine juridiction. De son côté, le recours de pleine juridiction s'est diversifié au point d'exploser en une multitude de recours « dont le seul point commun est de conférer au juge des pouvoirs ne se limitant pas à l'annulation d'un acte

¹⁰³³ B. PLESSIX, *Droit administratif général*, préc., n° 1101.

¹⁰³⁴ *Ibid.*

¹⁰³⁵ Pour une démonstration plus complète, v. notamment : H. LEPETTIT-COLLIN et A. PERRIN, « La distinction des recours contentieux en matière administrative. Nouvelles perspectives », *RFDA* 2011 p. 813 ; F. MELLERAY, « La distinction des contentieux est-elle un archaïsme ? », *JCP A* 2005 p. 1296 ; D. TRUCHET, « Office du juge et distinction des contentieux : renoncer aux « branches » », *RFDA* 2015 p. 657 ; J. WALINE, « Plein contentieux et excès de pouvoir », *RDP* 2015 p. 1551

¹⁰³⁶ Art. 62 loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative. V. pour une étude d'ensemble : A. PERRIN, *L'injonction en droit public français*, Thèse, Éd. Panthéon-Assas, 2009.

administratif »¹⁰³⁷. Autrement dit, aujourd'hui plus qu'hier, il n'est pas aisé d'établir une frontière étanche entre l'excès de pouvoir et le plein contentieux en se fondant sur l'office du juge administratif. Il faut reconnaître que dès l'origine la théorie se livrait sans doute à quelques contestations¹⁰³⁸.

En second lieu surtout, la distinction des deux grandes voies de recours en fonction de leur nature a également été relativisée. L'excès de pouvoir n'est plus un contentieux purement objectif, tandis que le plein contentieux n'est plus – ou n'a même jamais été¹⁰³⁹ – uniquement objectif. Ainsi que nous le rappelle le Professeur Didier Truchet, « il n'est plus vrai que le contentieux de l'excès de pouvoir ne serait qu'un contentieux de la légalité et le plein contentieux, qu'un contentieux des droits. Car le premier amène le juge à statuer sur des droits [...]. Et le second est aussi un contentieux de la légalité. Dès lors, la tradition qui faisait du contentieux de l'excès de pouvoir un contentieux en principe objectif et du plein contentieux un contentieux en principe subjectif, qui n'a jamais été appliquée avec rigueur, perd de sa pertinence »¹⁰⁴⁰.

Pour illustrer davantage cette confusion par un double mécanisme, ajoutons que la distinction entre recours pour excès de pouvoir et plein contentieux ne résiste pas à l'existence d'une forme hybride, mais néanmoins ancienne de recours : le plein contentieux objectif¹⁰⁴¹. Serait-ce alors dans cette forme contentieuse alternative que le recours des tiers contre le contrat administratif pourrait se réfugier ? Au sein du plein contentieux on différencie en effet deux catégories de recours : le plein contentieux subjectif et le plein

¹⁰³⁷ H. LEPETT-COLLIN et A. PERRIN, « La distinction des recours contentieux en matière administrative. Nouvelles perspectives », préc.

¹⁰³⁸ « En mêlant du plein contentieux au contentieux de l'excès de pouvoir, le texte de 1995 a contribué à relativiser l'importance de la distinction des branches du contentieux. Mais le ver était déjà dans le fruit, car il existe depuis toujours des pouvoirs que le juge peut exercer dans diverses branches du contentieux : interpréter et apprécier la légalité sont communs à toutes les branches du contentieux ; suspendre et annuler, au contentieux de l'excès de pouvoir et au plein contentieux ; condamner à verser une somme d'argent, à ce dernier et au contentieux de la répression. De même, la capacité du juge de donner des ordres aux parties n'est pas en elle-même propre à une catégorie de contentieux. L'injonction « modèle 1995 » confirme et amplifie la complexité qui a toujours marqué les rapports de l'office du juge avec la distinction des contentieux. » (D. TRUCHET, « Office du juge et distinction des contentieux : renoncer aux « branches » », préc.).

¹⁰³⁹ V. *infra*. à propos du plein contentieux objectif.

¹⁰⁴⁰ D. TRUCHET, « Office du juge et distinction des contentieux : renoncer aux « branches » », préc.

¹⁰⁴¹ H. LEPETT-COLLIN, *Recherches sur le plein contentieux objectif*, Thèse, LGDJ, 2011. L'auteur nous signale cependant que le plein contentieux objectif est apparu sous la loi du 28 Pluviôse an VIII, ce qui démontre là encore à quel point toute tentative de distinction entre l'excès de pouvoir et le plein contentieux portait en elle les germes de nombreuses difficultés.

contentieux objectif¹⁰⁴². Le premier a pour objet la reconnaissance de droits subjectifs. Tel est le cas du contentieux contractuel opposant les parties¹⁰⁴³ et, tel qu'il a été présenté, du recours des tiers contre le contrat administratif. Le second poursuit le même objectif que le recours en excès de pouvoir tout en offrant au juge administratif la plénitude des pouvoirs caractéristique du plein contentieux¹⁰⁴⁴. Le plein contentieux objectif se présente ainsi « comme un contentieux de la légalité (et le plus souvent comme un contentieux de la légalité de l'acte), mais dans lequel les pouvoirs du juge ne se limitent pas à l'annulation »¹⁰⁴⁵. Ainsi le juge administratif « peut non seulement annuler l'acte attaqué, mais aussi le réformer. Son rôle n'est donc pas uniquement celui, purement négatif ou réactif, d'un censeur, mais celui, positif – qui doit être le rôle d'un juge – de dire le droit, le cas échéant en modifiant/réformant l'acte attaqué, dans le litige dont il est saisi »¹⁰⁴⁶. Les recours appartenant à la catégorie du plein contentieux objectif ne manquent pas. Parmi eux ont notamment été identifiés le contentieux fiscal, le contentieux électoral, le contentieux des installations classées, des édifices menaçant ruine, le contentieux des pensions civiles et militaires de retraite ou encore le contentieux des sanctions en matière économique et financière¹⁰⁴⁷. Reste à savoir si le recours des tiers contre le contrat administratif pourrait rejoindre cette liste, ce qui offrirait l'avantage de fournir clé en main le régime juridique applicable, en particulier au niveau de l'accès au prétoire du juge.

Hélène Lepetit-Collin, auteur des travaux de référence sur le plein contentieux objectif, exclut d'ailleurs le contrat administratif de son champ d'application¹⁰⁴⁸. Nous avons l'humilité d'aller dans son sens, pour des raisons toutefois différentes, mais néanmoins complémentaires. Dans la thèse consacrée au plein contentieux objectif, c'est principalement la nature contractuelle de l'acte qui justifie cette mise à l'écart. Plus

¹⁰⁴² V. HAÏM, « Recours de pleine juridiction », Rép. cont. adm. : n° 9 et s. ; H. LEPETIT-COLLIN, *Recherches sur le plein contentieux objectif*, préc.

¹⁰⁴³ « Le « plein contentieux subjectif » [est] représenté principalement par le contentieux contractuel et le contentieux de la responsabilité, qui vise à la reconnaissance de droits subjectifs : un droit subjectif que le co-contractant prétend tirer du contrat, ou encore un droit à réparation qu'une victime soutient détenir sur l'administration. » (C. BROYELLE, *Contentieux administratif*, 10^e éd., LGDJ, 2022-2023, n° 72, p. 65).

¹⁰⁴⁴ « La spécificité du plein contentieux objectif paraît ainsi résulter de la réunion de deux éléments : une question de droit objectif résolue au moyen des pouvoirs issus de la pleine juridiction. » (H. LEPETIT-COLLIN, *Recherches sur le plein contentieux objectif*, préc., n° 194).

¹⁰⁴⁵ *Ibid.*

¹⁰⁴⁶ V. HAÏM, « Recours de pleine juridiction », préc., n° 9.

¹⁰⁴⁷ Pour une présentation complète, v. : H. LEPETIT-COLLIN, *Recherches sur le plein contentieux objectif*, préc.

¹⁰⁴⁸ *Ibid.*

précisément, sa « nature spécifique [...], teintée tout à la fois d'objectivité¹⁰⁴⁹ et de subjectivité¹⁰⁵⁰, [...] paraît faire obstacle à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, mais également du plein contentieux objectif à son encontre »¹⁰⁵¹. L'office du juge du plein contentieux objectif se révèle alors incompatible avec elle¹⁰⁵². De notre point de vue, c'est surtout l'objet du recours des tiers contre le contrat administratif qui le détache du plein contentieux objectif, l'office du juge n'étant que la réponse à la nature de la question posée. Hélène Lepetit-Collin rappelle que « le plein contentieux objectif est un contentieux de la légalité appliquée à une situation juridique »¹⁰⁵³. Autrement dit, le plein contentieux objectif est bien un contentieux de la légalité. Or, nous avons précisé ci-dessus que l'objectif du recours des tiers contre le contrat administratif n'est pas, *avant toute chose*¹⁰⁵⁴, la résolution d'une question de droit objectif, c'est-à-dire de légalité¹⁰⁵⁵.

Il est finalement heureux que la voie de recours ouverte aux tiers pour contester le contrat administratif soit également orpheline de cette catégorie contentieuse intermédiaire. Cette marginalisation offre en réalité la possibilité de définir singulièrement le recours, de sorte à bénéficier du visa requis pour établir librement ses conditions d'ouverture. Au surplus, une telle démarche s'inscrit dans la tendance de la Doctrine à transcender les classifications existantes pour proposer des typologies plus représentatives du contentieux administratif¹⁰⁵⁶. Alors, comment qualifier le recours des tiers contre le contrat administratif autrement qu'en ces termes ? N'ayant pas l'ambition de révolutionner le contentieux administratif par des concepts nouveaux, qu'il nous soit permis ici d'emprunter quelques éléments précédemment développés et qui, utilisés à bon escient, conservent une certaine pertinence malgré leur appartenance à des théories ébranlées. On notera donc qu'à l'instar

¹⁰⁴⁹ Elle tient à l'unilatéralité des pouvoirs de modifications ou de résiliation : *ibid.* n° 391.

¹⁰⁵⁰ Elle tient à la manifestation de volontés des parties : *ibid.*

¹⁰⁵¹ *Ibid.* n° 392.

¹⁰⁵² *Ibid.*

¹⁰⁵³ *Ibid.* n° 201

¹⁰⁵⁴ « Il y a juridiction subjective toutes les fois que le juge est appelé à résoudre avant tout et principalement une question de droit subjectif » (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, préc., p. 459).

¹⁰⁵⁵ V. *supra*.

¹⁰⁵⁶ V. notamment : H. LEPETIT-COLLIN et A. PERRIN, « La distinction des recours contentieux en matière administrative. Nouvelles perspectives », préc. ; D. TRUCHET, « Office du juge et distinction des contentieux : renoncer aux « branches » », préc. Certains ouvrages de contentieux administratif dressent ainsi une typologie des différents recours existants, en présentant de manière singulière « les recours contre le contrat administratif » : A. PERRIN, *Contentieux administratif*, 2^e éd., Dalloz, 2021, pp. 135-139.

de l'ensemble des voies de recours, celui des tiers contre le contrat administratif mêle considérations objectives et subjectives¹⁰⁵⁷.

En introduisant un recours contre le contrat administratif, le tiers cherche à remettre en cause la légalité de l'acte afin de faire valoir, sinon ses droits, au moins ses intérêts individuels. Il souhaite que le dommage cesse et/ou que le préjudice dont il s'estime victime soit réparé, s'il réclame une indemnisation. Ainsi par exemple, le candidat évincé va demander au juge de contrôler la régularité du contrat parce que son offre n'a pas été retenue, ce qui représente pour lui un manque à gagner. Il espère obtenir une seconde chance pour l'attribution du marché ou être indemnisé. Ainsi encore, le contribuable local contestera la validité d'un contrat administratif dont il n'a pas envie de supporter le coût¹⁰⁵⁸. Pour autant, l'introduction du recours est susceptible de profiter à un intérêt bien plus large que celui du requérant. Défenseur de ses propres droits et intérêts subjectifs, le tiers au contrat administratif protège incidemment l'ensemble des individus regroupés sous sa bannière. Le recours d'un candidat évincé peut offrir une nouvelle chance d'attribution à d'autres concurrents ; celui d'un contribuable peut épargner à l'ensemble des contribuables locaux une hausse d'impôts ; celui d'un usager du service public assurer un bon fonctionnement du service et éviter une augmentation tarifaire, au bénéfice de tous les usagers. D'autres tiers ont même vocation à représenter des intérêts collectifs, des intérêts publics, voire l'intérêt général. Tel est le cas par exemple, des associations, des syndicats, des élus locaux, du préfet ou encore de personnes publiques.

Finalement, la situation juridique des tiers au contrat administratif est plus objective qu'elle n'y paraît, parfois malgré eux¹⁰⁵⁹. Pour reprendre une autre classification que l'on doit au Professeur Fabrice Melleray, le recours des tiers contre le contrat administratif revêt et *doit* revêtir : une dimension individualiste, visant à la défense des droits et intérêts des

¹⁰⁵⁷ V. notamment sur ce point : H. LEPETIT-COLLIN et A. PERRIN, « La distinction des recours contentieux en matière administrative. Nouvelles perspectives », préc.

¹⁰⁵⁸ CAA Nancy 08 décembre 2020, *Communauté urbaine du Grand Nancy*, n° 20NC00843.

¹⁰⁵⁹ « [Le] contentieux de la situation juridique d'un requérant n'est pas nécessairement subjectif. Il l'est lorsque, de l'identité même du requérant, dépend la solution qui sera donnée au litige. C'est ainsi que, dans le contentieux de la responsabilité, l'identité de l'individu, la circonstance qu'il soit homme ou femme, enfant ou personne âgée, influe sur la décision du juge. Mais il est également des situations juridiques qui, tout en concernant des requérants de manière individuelle, sont fondamentalement objectives. Il en est ainsi des situations juridiques dont la détermination n'est pas tributaire de la personne, mais seulement d'un statut, d'une qualité. » (H. LEPETIT-COLLIN, *Recherches sur le plein contentieux objectif*, préc., n° 199).

requérants ; et une dimension holiste, visant à la défense des intérêts de la collectivité¹⁰⁶⁰. C'est à partir de ce constat qu'il faut proposer un nouvel accès des tiers au juge du contrat, permettant de pallier les vicissitudes dénoncées précédemment¹⁰⁶¹. L'appréhension du recours des tiers contre le contrat administratif comme un recours unique transcendant les catégories juridiques construit les bases sur lesquelles seront définies les conditions d'ouverture du recours relatives aux tiers.

§2. LA DÉFINITION DE NOUVELLES CONDITIONS DU RECOURS

Si à première vue la qualification singulière du recours des tiers contre le contrat administratif peut laisser le sentiment d'être désemparé des moyens classiquement utilisés pour fixer le degré d'ouverture de l'accès au juge, elle laisse en réalité une grande liberté d'adaptation aux différentes considérations soulevées par la contestation d'un contrat administratif à l'initiative d'un tiers. Au contraire, dans la détermination des modalités d'ouverture du prétoire du juge du contrat, cette singularité permet à la fois de faire appel à des notions déjà connues, tout en offrant la possibilité d'en créer de nouvelles. C'est donc sur cette base que nous proposerons un intérêt à agir (**A**) et des moyens invocables différents (**B**).

A/ L'intérêt à agir des tiers contre le contrat administratif

Ajuster le degré d'ouverture du recours des tiers contre le contrat administratif suppose de définir un nouvel intérêt à agir (**1**), mais également d'éprouver sa pertinence en le confrontant à la pratique (**2**).

¹⁰⁶⁰ F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions administratives à compétence générale*, Thèse, LGDJ, 2001.

¹⁰⁶¹ V. *supra*. p. 194 et s.

1. Détermination de l'intérêt à agir

Préciser qu'il faut sonner le glas de la notion d'intérêt lésé de façon suffisamment directe et certaine¹⁰⁶² peut sembler relever du superflu, tant les arguments abondant dans le sens de sa remise en cause sont nombreux¹⁰⁶³. Mais est-elle seulement si restrictive qu'elle n'y paraît ? La question peut paraître provocante au regard des effets engendrés sur l'accès des tiers au juge du contrat par l'introduction de cette notion¹⁰⁶⁴. Pourtant, une telle exigence a parfois été utilisée dans des contentieux réputés plus ouverts que l'actuel recours des tiers contre le contrat administratif. Ainsi par exemple, le Conseil d'État a pu affirmer, à l'occasion de la contestation par un tiers d'un acte détachable d'un contrat administratif, à savoir la décision de signer, « que la recevabilité d'un tel recours est subordonnée à la condition que les stipulations du contrat de plan mises en cause soient de nature à léser le requérant dans ses intérêts de façon suffisamment certaine et directe »¹⁰⁶⁵. De manière plus générale, le caractère suffisamment *direct* et *certain* de la lésion des intérêts du tiers-requérant fait simplement écho aux critères de l'intérêt à agir progressivement dessinés par la jurisprudence administrative. D'aucuns s'accordent en effet pour constater que le juge de l'excès de pouvoir exige, parmi d'autres éléments, que l'intérêt à agir invoqué par le requérant revête notamment un caractère direct et certain¹⁰⁶⁶. Faut-il en conclure que le recours des tiers contre le contrat administratif serait, du point de vue de la condition relative à l'intérêt lésé, autant ouvert qu'un recours en excès de pouvoir ? Dans l'affirmative, le constat ne serait pas aussi heureux qu'il n'y paraît. Rappelons en effet que passé le « moment 1900 »¹⁰⁶⁷, le libéralisme associé au contentieux de la légalité a fini par être

¹⁰⁶² « [Tout] tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles » (CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.).

¹⁰⁶³ V. *supra*. p. 194 et s.

¹⁰⁶⁴ V. *supra*. p. 163 et s.

¹⁰⁶⁵ CE, 19 novembre 1999, *Fédération syndicaliste FO des travailleurs des Postes et télécommunications*, Lebon p. 354.

¹⁰⁶⁶ C. BROYELLE, *Contentieux administratif*, 10^e éd., LGDJ, 2022-2023, n° 94 ; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., Montchrestien, 2008, n° 578 et n° 579 ; M. GUYOMAR et B. SEILLER, *Contentieux administratif*, 6^e éd., Dalloz, 2021, n° 634 ; G. PELLISSIER, « Recours pour excès de pouvoir : conditions de recevabilité », *Rép. cont. adm.*, n° 255-266.

¹⁰⁶⁷ F. MELLERAY, « À propos de l'intérêt donnant qualité à agir en contentieux administratif. Le « moment 1900. » et ses suites, *AJDA* 2014 p. 1530.

relativisé¹⁰⁶⁸, en témoigne les critères relatifs à l'intérêt à agir¹⁰⁶⁹. Dans certains domaines en particulier, tels que celui de l'urbanisme, les conditions d'accès au juge de l'excès de pouvoir n'ont cessé de se durcir¹⁰⁷⁰. En d'autres termes, que le contentieux contractuel emprunte des notions à ce qu'on peine aujourd'hui à qualifier de recours en excès de pouvoir n'est pas nécessairement synonyme de facilité d'accès au juge.

Reste que dans le domaine juridique, l'important n'est pas toujours tant les termes employés que la manière dont ils sont interprétés, en particulier par les juges du fond. On pourrait alors imaginer proposer une autre grille de lecture de l'intérêt lésé, en insistant sur le caractère éventuel de la lésion. Le Conseil d'État réserve en effet l'accès au juge du contrat à « tout tiers *susceptible* d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine »¹⁰⁷¹ par la passation du contrat ou de certaines de ses clauses. Or la pratique nous a parfois montré que le juge requiert la démonstration d'une lésion avérée et non potentielle. Ainsi par exemple dans l'affaire *Région Réunion* de 2015, le Conseil d'État a pu affirmer que la société requérante justifiait « être lésée par la conclusion du contrat litigieux de manière suffisamment directe et certaine pour être recevable à en demander l'annulation »¹⁰⁷². De

¹⁰⁶⁸ « Le moment de bravoure du Conseil d'État consista à se débarrasser définitivement du concept d'acte discrétionnaire et, par là même, à faire du recours pour excès de pouvoir un recours contentieux recevable contre tous les actes administratifs : il n'y avait donc plus de raison de garder le vieux critère du droit lésé, et c'est à partir de l'arrêt *Casanova* et durant toute l'étourdissante première décennie du XXe siècle que le Conseil d'État lui donna le coup de grâce. [...] Pourtant, la jurisprudence administrative n'a jamais réalisé le vœu d'Hauriou qu'« en chacun de nous sommeille un contrôleur général de l'Administration » (note sous CE, 20 janvier 1911, *Dame Chapuis, Porteret, Pichon* ; S. 1911 III p. 1). » (B. PLESSIX, *Droit administratif général*, 4^e éd., LexisNexis, 2022, n° 1135 p. 1530).

¹⁰⁶⁹ C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, 10^e éd., LGDJ, 2022-2023, p. 86 et s. ; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., Montchrestien, 2008, p. 467 et s. ; M. GUYOMAR et B. SEILLER, *Contentieux administratif*, 6^e éd., Dalloz, 2021, p. 329 et s. ; G. PELLISSIER, « Recours pour excès de pouvoir : conditions de recevabilité », *Rép. cont. adm.*, n° 255-266.

¹⁰⁷⁰ E. CARPENTIER, « Que reste-t-il du recours pour excès de pouvoir en matière d'autorisations d'urbanisme ? », *RDP* 2015 p. 606 ; J.-M. FAVRET, « L'intérêt à agir en droit de l'urbanisme », in *L'intérêt à agir devant le juge administratif*, dir. O. RENAUDIE, Berger-Levrault, 2015, p. 81 ; N. GRANIER-CALVET et T. ROMBAUTS-CHABROL, *L'intérêt à agir en contentieux administratif de l'urbanisme. Entre innovations et particularismes.*, *JCP A* 2017 p. 2666 ; G. KALFLÈCHE, « Les restrictions de l'intérêt à agir des particuliers en droit de l'urbanisme : une réforme inutile ? », *RDP* 2020 p. 17.

¹⁰⁷¹ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁰⁷² CE, 14 octobre 2015, *Région Réunion*, concl. G. PELLISSIER, *BJCP* 2016 p. 71 ; S. BRACONNIER, *RDI* 2015 p. 583 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2015 act. 866 ; S. HUL, *AJCT* 2016 p. 115 ; J. MARTIN, *JCP A* 2016 p. 2074 ; D. POUPEAU, *AJDA* 2015 p. 1949 ; M. UBAUD-BERGERON, *Contrats-Marchés publ.* Déc. 2015 comm. 297. Il a au contraire pu être jugé que le caractère aléatoire et incertain de la mise en œuvre des clauses susceptibles de léser les intérêts du tiers-requérant ne faisait pas obstacle à la reconnaissance d'un intérêt à agir : CE, 27 mars 2020, *Métropole du Grand Nancy*, *Lebon* p. 70 ; J.-S. BODA, *JCP A* 2021 p. 2022 ; R. BONNEFONT, *AJCT* 2020 p. 476 ; N. CHIFFLOT, *Procédures* 2020 comm. 135 ; J. DIETENHOEFFER, *Contrats-*

même, la Cour administrative d'appel de Nancy a estimé que « le Conseil régional de l'ordre des architectes de Lorraine ne [démontrait] pas d'un intérêt lésé lui donnant qualité pour demander l'annulation du marché litigieux »¹⁰⁷³. Mais quand bien même une lésion *supposée* d'un intérêt serait retenue, encore faudrait-il lui retirer son caractère *suffisamment direct et certain*¹⁰⁷⁴, responsable de la subjectivisation – donc de la restriction – de l'accès des tiers au juge du contrat¹⁰⁷⁵. Ainsi désarmé, l'intérêt lésé aurait pu servir une autre cause. Le problème étant que cette notion porte en elle les germes d'une restriction d'accès des tiers au juge du contrat. La raison est simple : aucune condition de recevabilité comparable n'était posée dans recours contre l'acte détachable ou dans celui réservé aux concurrents évincés¹⁰⁷⁶. Le Conseil d'État n'a jamais caché son intention de n'ouvrir que de façon limitée le prétoire du juge du contrat¹⁰⁷⁷, fournissant aux juges du fond un outil parfaitement adéquat pour restreindre l'accès des tiers. La notion d'intérêt lésé semble ainsi inexploitable pour parvenir au résultat inverse.

La détermination d'une nouvelle approche de l'ouverture du recours des tiers contre le contrat administratif commence en réalité par le renoncement au dogme de l'individualisation de la recevabilité du recours des tiers contre le contrat administratif, qu'exprime d'ailleurs la notion d'intérêt lésé. Au-delà de conduire inévitablement à une limitation de l'accès au juge du contrat, avec tous les inconvénients que cela entraîne¹⁰⁷⁸, la subjectivisation de l'intérêt à agir est déconnectée de la réalité des intérêts défendus par les tiers au contrat administratif¹⁰⁷⁹. Comme nous l'avons précédemment signalé, la contestation d'un contrat administratif par un tiers va au-delà de la défense de sa situation

Marchés publ. 2020 comm. 211 ; J.-D. DREYFUS, *AJ Contrat* 2020 p. 343 ; S. HUL, *JCP A* 2020 p. 2124 ; J.-M. PASTOR, *AJDA* 2020 p. 706 ; P. SOLER-COUTEAUX, *Contrats-Marchés publ.* 2020 repère 6.

¹⁰⁷³ CAA Nancy, 28 décembre 2017, *Conseil régional de l'ordre des architectes de Lorraine c/ Commune de Raon-l'Étape*, n° 16NC01207 ; J.-M. FAVRET, *AJDA* 2018 p. 909 ; H. HOEPFFNER, *Contrats-Marchés publ.* Mars 2018 comm. 76.

¹⁰⁷⁴ Sur ce point, il peut d'ailleurs paraître paradoxal d'exiger que le tiers soit à la fois *susceptible* d'être lésé dans ses intérêts, c'est-à-dire que la lésion soit potentielle, mais qu'elle soit également suffisamment directe et certaine.

¹⁰⁷⁵ V. *supra*. p. 154 et s.

¹⁰⁷⁶ V. *supra*. p. 142 et s.

¹⁰⁷⁷ « Ce qu'a voulu le Conseil d'État, c'est que l'intérêt à agir contre le contrat soit plus strictement entendu que l'intérêt à agir contre l'acte détachable [...] » (B. DACOSTA, « Table ronde à propos de l'arrêt CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne* », *RDP* n° 5 2014 p. 1148).

¹⁰⁷⁸ V. *supra*. p. 172 et s. et p. 194 et s.

¹⁰⁷⁹ V. *supra*. p. 205 et s.

personnelle¹⁰⁸⁰. Tel est le cas du préfet, de l'élu local – y compris dans l'hypothèse où ce dernier instrumentaliserait le recours contre le contrat administratif – ou des groupements, comme les associations et syndicats¹⁰⁸¹. Tel est également le cas, incidemment, des tiers dits ordinaires. Dans ces conditions, la qualité dont pourrait se prévaloir le tiers au contrat administratif refléterait davantage les intérêts qu'il représente, certes parfois malgré lui. Elle rendrait compte des effets du contrat administratif sur les diverses catégories de requérants, sans avoir à appréhender des situations individuelles pour le prouver.

L'abandon de l'approche exclusivement subjective de la recevabilité du recours des tiers contre le contrat administratif suppose en parallèle d'adopter une autre méthode d'appréciation de l'intérêt à agir. Traditionnellement, la recevabilité d'un recours de plein contentieux est déterminée par les moyens soulevés. L'intérêt à agir du requérant n'est reconnu qu'à la condition qu'il invoque les irrégularités permettant d'établir cet intérêt à agir. Le dispositif mis en place par le Conseil d'État à la suite de l'arrêt *Tarn-et-Garonne*¹⁰⁸² en est une parfaite illustration. Pour être recevable à contester le contrat administratif, le tiers-requérant doit invoquer des moyens qui tendent à démontrer qu'il a été lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine. Les moyens soulevés s'insèrent finalement dans une appréciation globale de l'intérêt à agir¹⁰⁸³, alors que la lecture de la décision *Tarn-et-Garonne*¹⁰⁸⁴ laissait présager une évaluation de la recevabilité en deux temps¹⁰⁸⁵. Toujours est-il que cette condition de recevabilité fait reposer sur le tiers-requérant une charge probatoire importante. Il ne suffit pas qu'il affirme avoir été lésé par le contrat administratif (ce qui est évident dans certains cas), il doit encore démontrer

¹⁰⁸⁰ Nous qualifions ici de situation personnelle la situation purement subjective et singulière, propre au requérant en tant qu'individu dépourvu de toute qualité. À ne pas confondre avec le caractère personnel que doit revêtir l'intérêt à agir, qu'il soit individuel ou collectif, expression du principe selon lequel *nul ne plaide par procureur*. Pour établir un intérêt personnel en effet, « il n'est pas nécessaire que l'intérêt invoqué soit propre et spécial au requérant, mais il doit s'inscrire dans un cercle où la jurisprudence a admis des collectivités toujours plus vastes d'intéressés, sans l'agrandir toutefois jusqu'aux dimensions de la communauté nationale. » (concl. B. CHENOT sur CE 10 février 1950, *Gicquel, Lebon* p.100).

¹⁰⁸¹ Il est également possible qu'une association puisse défendre son intérêt individuel. V. par ex. à propos de la défense du patrimoine d'une association dans le cadre d'un recours en excès de pouvoir : CE, 27 février 2006, *Fondation assistance aux animaux*, n° 267965 ; *AJDA* 2006 p. 894.

¹⁰⁸² CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁰⁸³ Le Professeur Jean-François Lafaix évoque quant à lui un « intérêt dédoublé » : J.-F. LAFaix, « L'intérêt à agir devant le juge du contrat » in *L'intérêt à agir devant le juge administratif*, préc.

¹⁰⁸⁴ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁰⁸⁵ V. *supra*. p. 153 et s.

comment, c'est-à-dire en raison de quelle(s) irrégularité(s). Une telle configuration peut conduire le juge administratif à préjuger de l'affaire au fond, l'incitant à vérifier la présence d'irrégularité. Comment en effet admettre un intérêt à agir en l'absence de toute illégalité ? La reconnaissance des atteintes portées aux intérêts des tiers par la conclusion de contrats administratifs ne devrait pas dépendre de la légalité de celui-ci. Un acte peut affecter la situation d'un requérant en étant parfaitement régulier. Cette approche très subjective de la recevabilité du recours d'un tiers contre un contrat administratif, exigeant la démonstration d'un lien puissant entre le vice invoqué et la situation personnelle du requérant, ne laisse aucune place à l'éventualité, c'est-à-dire au risque d'atteinte que pourrait porter le contrat administratif aux intérêts des tiers. Finalement et surtout, elle verrouille davantage les portes du prétoire du juge du contrat.

Au regard des éléments développés ci-dessus, nous suggérons par conséquent d'ouvrir le prétoire le recours « Tarn-et-Garonne » à tous les tiers dont la qualité justifie d'un intérêt à contester le contrat administratif. Cette condition de recevabilité serait logiquement appréciée par rapport aux conclusions. Autrement dit, l'objet de la requête – l'annulation du contrat administratif – va déterminer si la qualité dont se prévaut le tiers justifie d'un intérêt à contester ledit contrat. Concrètement, cela signifie que l'intérêt à agir sera présumé en fonction de la qualité sous laquelle se présentera le tiers, mais aussi de la nature et/ou des effets du contrat administratif contesté. En l'état actuel de la jurisprudence, la qualité dont se prévaut le tiers délimite le terrain de recherche d'un intérêt lésé de façon suffisamment directe et certaine. Une approche aussi libérale que celle proposée n'est donc pas sans soulever de craintes légitimes. Le risque d'action populaire pourrait être évoqué. Il faut reconnaître que même dans les hypothèses où la qualité invoquée par le requérant assure la recevabilité de son recours en excès de pouvoir, l'acte contesté est bien défini. Le contribuable local peut seulement attaquer les mesures augmentant les dépenses et donc les impôts locaux¹⁰⁸⁶, tout comme l'usager du service public doit se contenter de contester les mesures prises pour l'organisation et le fonctionnement du service¹⁰⁸⁷. On ne saurait reconnaître, à la suite d'une contorsion intellectuelle, un lien quelconque entre une situation

¹⁰⁸⁶ CE, 29 mars 1901, *Casanova, Lebon* p. 333 ; M. HAURIOU, *S.* III. 73 ; *GAJA* 22^e éd., Dalloz, 2019, n° 8.

¹⁰⁸⁷ CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du Quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, Lebon* p. 962, concl. J. ROMIEU ; *Dalloz* 1907 III. 41 ; M. HAURIOU, *S.* 1907 III. 33 ; *GAJA* n° 15, préc.

relative à la qualité invoquée et une décision qui n'emporterait pas vraiment de conséquences sur celle-ci¹⁰⁸⁸. C'est cette même attitude qu'il faut adopter dans le cadre du recours d'un tiers contre un contrat administratif. Aussi l'alternative reposant sur la qualité dont se prévaut le tiers est proposée avec un guide pratique d'utilisation.

2. *Illustration des intérêts à agir*

Dans la mesure où son sort est constitutionnellement scellé¹⁰⁸⁹, le préfet serait toujours recevable à contester un contrat administratif, quel qu'il soit. La qualité d' élu local justifierait quant à elle un intérêt à attaquer le contrat, non pas en vertu du principe de légalité, mais surtout en raison de la mission de satisfaction de l'intérêt général qui lui est confié¹⁰⁹⁰. Dans cette perspective il bénéficierait là encore d'un accès facilité au juge du contrat. La persistance de cet avantage pourrait continuer de nourrir le risque d'une instrumentalisation du recours, qu'avait notamment fait remarquer le Professeur Jean-François Lafaix¹⁰⁹¹. Certains élus sont susceptibles de passer par le juge pour s'opposer à un projet, d'autres d'agir à la demande d'un tiers non privilégié ou de l'équipe dirigeante pour contester le contrat administratif sans passer par le test de loyauté des relations contractuelles¹⁰⁹² imposé par la jurisprudence *Béziers I*¹⁰⁹³. Au-delà de la faible probabilité que ces hypothèses se vérifient¹⁰⁹⁴, il semble difficile de limiter la recevabilité d'un recours contre un contrat administratif en qualité d' élu local à la condition que celui-ci agisse dans l'intérêt de la

¹⁰⁸⁸ C'est surtout en sa qualité de contribuable local qu'un requérant peut être tenté de se présenter devant le juge, à l'occasion de toute dépense de la collectivité.

¹⁰⁸⁹ Art. 72 al. 6 C. : « Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'État, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois. ».

¹⁰⁹⁰ Art. L. 1111-1-1 2° CGCT : « Dans l'exercice de son mandat, l' élu local poursuit le seul intérêt général, à l'exclusion de tout intérêt qui lui soit personnel, directement ou indirectement, ou de tout autre intérêt particulier. ». Le respect de la légalité est cependant profitable à l'intérêt général.

¹⁰⁹¹ J.-F. LAFaix, « L'intérêt à agir devant le juge du contrat » in *L'intérêt à agir devant le juge administratif*, dir. O. RENAUDIE, Berger-Levrault, 2015, p. 91.

¹⁰⁹² *Ibid.*

¹⁰⁹³ CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers, Lebon* p. 509 ; concl. E. GLASER, *ibid.*, *BJCP* 2010 p. 138 et *RFD* 2010 p. 506 ; O. DIDRICHE, *AJCT* 2010 p.114 ; J. GOURDOU et P. TERNEYRE, *RJEP* Juin 2010 p.19 ; A. LALLET et X. DOMINO, *AJDA* 2011 p. 665 ; S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, *AJDA* 2010 p. 142 ; F. LINDITCH, *JCP A.* 2010 p. 2072 ; R. NOGUELLOU, *RDI* 2010 p. 265 ; H. PAULIAT, *RDP* 2010 p. 553 ; D. POUYAUD, *RFD* 2010 p. 519 ; P. REES, *Contrats-Marchés publ.*, Mars 2010 p. 38 ; B. SEILLER, *Gaz. Pal.* 16 mars 2010 p. 13.

¹⁰⁹⁴ J.-F. LAFaix, « L'intérêt à agir devant le juge du contrat » in *L'intérêt à agir devant le juge administratif*, préc.

collectivité, puisque c'est précisément la mission dont il est investi¹⁰⁹⁵. Dans la pratique surtout, l'élu local est la personne la plus à même d'exercer un contrôle sur les actes de la collectivité, car il est logiquement informé de l'ensemble des actions entreprises par cette dernière¹⁰⁹⁶. Quand bien même la motivation de l'élu local serait politique – si tant est qu'on puisse lui reprocher – l'exercice juridictionnel d'un contre-pouvoir pourrait permettre de déceler des irrégularités difficilement repérables par d'autres tiers. Pour les mêmes raisons, la qualité de membre de l'organe délibérant d'un établissement public à coopération intercommunale (EPCI) justifierait un intérêt à contester un contrat administratif conclu par le groupement de collectivités ou éventuellement susceptible de contrarier ses intérêts¹⁰⁹⁷.

Se pose en revanche la question de savoir si la qualité de membre d'une instance consultative, lorsqu'elle ne s'ajoute pas à celle d'élu local, justifierait un intérêt à contester la validité d'un contrat administratif¹⁰⁹⁸. Les organes consultatifs des collectivités territoriales associent en effet des membres de la société civile, lorsqu'ils ne sont pas exclusivement composés par eux¹⁰⁹⁹. Leur rôle est de se prononcer, à titre obligatoire ou facultatif, sur les différents projets de la collectivité, émettre des avis sur les orientations et lignes budgétaires fixées ou évaluer les bilans et rapports d'activités par exemple. On recense notamment parmi ces organismes consultatifs : les conseils économiques sociaux et environnementaux régionaux¹¹⁰⁰, les commissions consultatives des services publics locaux¹¹⁰¹, les comités consultatifs sur les problèmes d'intérêt communal¹¹⁰² ou encore les conseils de quartier¹¹⁰³. Certes, les membres de ces instances ne jouissent pas du statut

¹⁰⁹⁵ Art. L. 1111-1-1 2° CGCT, préc.

¹⁰⁹⁶ Art. L. 2121-13 CGCT : « Tout membre du conseil municipal a le droit, dans le cadre de sa fonction, d'être informé des affaires de la commune qui font l'objet d'une délibération ». V. également : L. 3121-18 CGCT pour les membres du conseil départemental ; L. 4131-17 CGCT pour les membres de la région ; L. 5211-40-2 CGCT pour les conseillers municipaux des communes membres d'un établissement public de coopération intercommunale qui ne sont pas membres de son organe délibérant.

¹⁰⁹⁷ Les membres des organes délibérants des EPCI sont choisis parmi les élus locaux. On parle ainsi d'élus communautaires.

¹⁰⁹⁸ M. DE MONSEMBERNARD, « Contrats de la commande publique : contentieux de la validité », Rép. Cont. Adm., n° 202.

¹⁰⁹⁹ L. JANICOT et M. VERPEAUX, *Droit des collectivités territoriales*, LGDJ, 2019, p. 338 et s. ; F. PRIET, J. FERSTENBERT et P. QUILICHINI, *Droit des collectivités territoriales*, 2^e éd., Dalloz, 2016 p. 278 et s.

¹¹⁰⁰ Art. L. 4134-1 CGCT.

¹¹⁰¹ Art. L. 1413-1 CGCT.

¹¹⁰² Art. L. 2143-2 CGCT.

¹¹⁰³ Art. L. 2143-1 CGCT.

institutionnel des élus républicains, en particulier d'un pouvoir décisionnel¹¹⁰⁴. Pour autant les missions dont ils sont investis sont fondées sur la satisfaction de l'intérêt public local. Il apparaît alors que rien ne s'oppose à ce qu'un intérêt à contester un contrat administratif soit déduit de cette qualité. Reste que les intéressés appartiennent à ces organismes consultatifs parce qu'ils sont habitants de la collectivité, donc contribuables locaux ou représentants d'usagers du service public, de fondations, d'associations, plus généralement, de la société civile. Aussi se prévaloir de sa qualité de membre d'une instance consultative peut se révéler superfétatoire. Il appartiendrait au tiers-requérant de se prévaloir de celle qui lui semble la plus pertinente, bien que rien n'empêche de se présenter devant le juge du contrat sous une identité multiple. Ce serait confier une responsabilité importante aux membres des instances consultatives que de pouvoir contester la validité d'un contrat administratif en se prévalant de cette qualité. Ils défendraient alors directement un intérêt public local. En revanche, les organismes consultatifs ne pourraient être recevables à saisir le juge du contrat puisqu'ils sont dépourvus de personnalité juridique.

À l'inverse, la qualité d'une personne morale devrait justifier par principe d'un intérêt à introduire un recours contre certains contrats administratifs. Au regard des missions qui leur sont confiées et de leur champ d'action, les personnes morales doivent être recevables à attaquer les contrats administratifs susceptibles de compromettre les intérêts qu'elles défendent, sans avoir à établir une lésion quelconque. Le constat est évident pour les collectivités ou leurs groupements s'il existe un lien entre le contrat attaqué et les intérêts qu'elles représentent. Tel est le cas lorsqu'une commune conteste une concession d'exploitation d'un ouvrage implanté sur son territoire¹¹⁰⁵. Il l'est tout autant pour les établissements publics et groupements collectifs. De ce point de vue, même si son directeur n'a pas expressément compétence pour exercer un contrôle sur les marchés publics¹¹⁰⁶, la qualité d'une agence régionale de santé justifierait un intérêt à contester un contrat administratif engageant l'un des établissements publics de santé de son ressort et qui concerne ses domaines de compétences¹¹⁰⁷. Ce serait le cas d'un marché public de

¹¹⁰⁴ À l'exception des élus qui composent ces organes consultatifs.

¹¹⁰⁵ V. à propos d'un recours en excès de pouvoir contre un acte détachable où il y a une atteinte suffisamment directe et certaine aux intérêts propres de la commune étaient requis : CE, 18 novembre 2015, *Commune de Faa'a*, n° 373335.

¹¹⁰⁶ Arts. L. 6143-4 CSP et L. 6145-1 et s. CSP.

¹¹⁰⁷ Arts. L. 1431-1 et L. 1431-2 CSP.

déconstruction, conception, réalisation pour la reconstruction de l'espace intergénérationnel d'un centre hospitalier.

Le raisonnement est transposable à toutes les personnes morales qui ont vocation à défendre des intérêts publics ou collectifs. Leur objet statutaire permettrait de vérifier que leur qualité justifie d'un intérêt à saisir le juge de la validité du contrat administratif¹¹⁰⁸. Une association de protection environnementale serait ainsi admise à contester un contrat ayant un impact sur l'environnement. Un syndicat professionnel pourrait quant à lui attaquer un contrat qui concerne la profession qu'il représente. Deux précisions doivent cependant être apportées. D'une part, le groupement collectif ne pourrait agir qu'en fonction du périmètre sur lequel son action s'étend. Il s'agirait alors de vérifier si le contrat administratif est d'envergure nationale ou locale et, dans ce dernier cas, dans quelle mesure. Par exemple, le Conseil national des barreaux ne serait pas recevable à demander l'annulation d'un marché conclu par une communauté d'agglomération, mais l'Ordre des avocats du barreau dont elle dépend pourrait le faire. D'autre part, le recours d'un groupement professionnel ne ferait pas obstacle au recours individuel d'un de leur membre et ce réciproquement. Le Conseil d'État refuse actuellement d'ouvrir le prétoire du juge du contrat aux personnes morales défendant des intérêts collectifs, telles que l'Ordre régional des architectes¹¹⁰⁹ ou le Conseil national des barreaux¹¹¹⁰ par exemple. Il revient aux membres du groupe de défendre individuellement leur propre intérêt, en invoquant la lésion suffisamment directe et certaine de celui-ci, en l'occurrence par le contrat administratif au cœur de l'espèce¹¹¹¹. Dans certaines hypothèses, l'ouverture du prétoire du juge du contrat aux groupements collectifs ne nous semble pourtant pas inconciliable avec le recours de l'un de leurs membres, dès lors qu'il se prévaut d'une autre qualité que celle d'adhérent. La jurisprudence admet d'ailleurs que les groupements collectifs puissent intervenir au soutien du recours de

¹¹⁰⁸ Sur ce point la jurisprudence établie en matière d'excès de pouvoir mérite d'être suivie : un objet trop général ne garantirait pas l'ouverture du recours : CE, 23 décembre 2016, *ASSECO-CFDT du Languedoc-Roussillon et Association ATTAC Montpellier*, *Lebon* p. 831 ; *AJDA* 2017 p. 8 ; J. BOUSQUET, *DA* 2017 comm. 14 ; J.-D. DREYFUS, *AJCT* 2017 p. 226 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2017 act. 27 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2017 comm. 81.

¹¹⁰⁹ CE, 3 juin 2020, *Département de Loire-Atlantique*, *Lebon T.* p. 842 ; *AJCT* 2020 p. 479 ; *AJDA* 2020 p. 1148 ; J. DIETENHOEFFER, *Contrats-Marchés publ.* 2020 comm. 242 ; M. MEYER, *JCP A* 2020 act. 332.

¹¹¹⁰ CE, 20 juillet 2021, *Société Espélia*, *Lebon T.* p. 776, 832, 881 ; *AJDA* 2021 p. 1536 ; G. DURAND, *AJCT* 2021 p. 608 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2021 act. 510 ; P. SOLER-COUTEAUX, *Contrats-Marchés publ.* 2021 comm. 326.

¹¹¹¹ *Ibid.*

l'un de leur membre¹¹¹². Ici il serait question d'aller plus loin, en offrant un accès au juge à deux catégories de tiers-requérants, à l'occasion d'une même affaire. Ce serait notamment le cas lorsqu'un contrat administratif serait susceptible de mettre en jeu les intérêts d'une profession, car contrairement à ce que laisse penser le Conseil d'État, l'atteinte aux intérêts d'un membre du groupe peut se faire ressentir comme une atteinte à l'intérêt collectif¹¹¹³. Par ailleurs, certains professionnels pourraient se présenter devant le juge du contrat sous la qualité de concurrents évincés, à l'instar des avocats ou des architectes par exemple. Le membre d'une association de contribuables locaux ou d'usagers du service public pourrait agir parallèlement au recours de l'association dont il dépend, non pas en tant qu'adhérent, mais en tant que contribuable ou usager à part entière.

Cette plus grande ouverture du recours contre le contrat administratif aux personnes morales représentant des intérêts publics et/ou collectifs présente l'avantage de mutualiser les différentes contestations du contrat qui peuvent émaner des tiers. En pratique, les personnes morales sont davantage informées des menaces pouvant planer sur les intérêts qu'elles représentent et ont de meilleurs moyens de les défendre, financiers ou matériels. Pour ces raisons et d'autres, certains tiers préféreraient largement s'en remettre à elles que de devoir saisir par eux-mêmes le juge du contrat¹¹¹⁴. Mais ils doivent également être en mesure d'introduire un recours en cas de refus ou de réticence du groupement collectif d'agir en justice.

D'autres cas de figure dans lesquels un tiers introduirait personnellement un recours contre le contrat administratif doivent également être envisagés. La qualité d'usager du service public permettrait de contester les contrats administratifs, voire leurs clauses, relatifs au service public ou susceptibles d'avoir un impact sur son coût, son organisation ou son fonctionnement. Dans ces conditions, on ne peut qu'encourager l'intégration des clauses réglementaires dans le recours des tiers contre le contrat administratif¹¹¹⁵. Un autre usager,

¹¹¹² CE, 15 juin 1979, *Syndicat général de la police*, *Lebon* p. 281 ; CE 28 juin 1999, *Association de défense location de véhicules aéroports*.

¹¹¹³ V. à propos du défaut d'intérêt à agir d'un groupement collectif à l'encontre d'une mesure défavorable à un membre du groupe : CE Sect., 13 décembre 1991, *Syndicat Inter-Co CFDT Vendée*, *Lebon* p. 444.

¹¹¹⁴ « [II] est difficile pour un avocat ou un architecte d'attaquer directement une collectivité avec laquelle il est ou sera en situation d'affaires. » (G. DURANT, « Contentieux contractuel : « Nul ne plaide par procureur » ... même le Conseil national des barreaux », *AJCT* 2021 p. 608, préc.).

¹¹¹⁵ V. *infra* p. 117 et s.

celui du domaine public, serait recevable à attaquer les contrats administratifs entraînant des effets sur le domaine public, à commencer par les conventions domaniales¹¹¹⁶. La qualité de riverain présumerait éventuellement d'un intérêt à agir¹¹¹⁷, à condition que sa contestation ne porte pas en réalité sur une autorisation d'urbanisme, dont le contentieux relève de l'excès de pouvoir¹¹¹⁸. De nombreux contrats administratifs dont l'objet implique des projets de construction ou de rénovation sont en effet soumis au droit de l'urbanisme¹¹¹⁹.

La qualité de contribuable local justifierait quant à elle d'un intérêt à contester la validité du contrat dans des circonstances sans doute plus précises. Toute somme dépensée par une collectivité, aussi infime soit-elle, n'en trouve pas moins son origine dans les prélèvements imposés aux contribuables. Pour autant, cela doit-il suffire à ouvrir le prétoire du juge administratif ? Les dépenses publiques sont le reflet de choix politiques validés en amont par le processus démocratique. Il nous semble donc plus opportun qu'un contribuable soit recevable à ne contester qu'un contrat administratif engageant un minimum les finances locales ou étant susceptible d'affecter le patrimoine de la collectivité. L'importance de l'impact devrait alors se mesurer en opposant les enjeux financiers du contrat aux moyens de la collectivité, sans exiger cependant un ratio trop important. Ainsi par exemple, un requérant ne pourrait pas contester en sa qualité de contribuable local des avenants dont la dépense induite s'évalue à plus de 400.000 euros, mais ne représente que 0.013% du budget de la collectivité¹¹²⁰. Par ailleurs, la qualité de contribuable national ne justifierait pas d'un intérêt à agir contre un contrat de l'État¹¹²¹. D'autres qualités encore ne permettraient pas aux tiers de contester un contrat administratif, en raison de leur généralité : celle d'habitant d'une collectivité ou celle de citoyen notamment.

¹¹¹⁶ H. HOEPPFNER, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 241 et s.

¹¹¹⁷ Tout comme celle de société civile immobilière dans des hypothèses identiques : CAA Nantes, 23 juillet 2018, *SCI Val de Sarthe*, n° 17NT00930 ; G. LLORENS, JCP A 2019 p. 2003.

¹¹¹⁸ Le litige pourrait alors trouver son issue devant le juge de plein contentieux, afin qu'il en tire les conséquences sur le contrat administratif.

¹¹¹⁹ V. à propos de l'application de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne* à une convention de projet urbain partenarial, mais pas à la délibération approuvant le programme des équipements publics objet de la convention : CAA Nantes, 23 juillet 2018, *SCI Val de Sarthe*, préc.

¹¹²⁰ CAA Lyon, 24 mars 2022, *Métropole de Lyon c/ Association CANOL*, n° 19LY021023.

¹¹²¹ V. la jurisprudence classique en la matière : CE, 13 février 1930, *Dufour, Lebon* p. 176. En revanche, une association de contribuables d'envergure nationale pourrait contester certains contrats passés par l'État.

Qu'en est-il enfin, de la plus importante catégorie de requérant en termes de nombre de recours : les concurrents évincés ? En soit, une telle qualité justifie largement d'un intérêt à contester un contrat administratif, puisqu'elle témoigne, sinon de l'intention de le conclure en lieu et place du candidat retenu, un avantage à se le voir attribuer. C'est donc la notion de concurrent évincé qu'il s'agit de définir. À moins que seule la qualité de candidat ne soit retenue, ce qui supposerait que le tiers-requérant ait présenté sa candidature à l'attribution du contrat ou ait été empêché de le faire¹¹²². Cependant, l'idée selon laquelle la recevabilité du recours contre le contrat administratif serait subordonnée à la qualité du tiers-requérant conduit à raisonner par « classe d'individus »¹¹²³, non pas à travers le prisme d'une « lésion spécifiquement individuelle »¹¹²⁴. Rappelons en effet que la contestation d'un contrat administratif par un tiers peut profiter à d'autres, au-delà de ses intérêts purement personnels. C'est également le cas des concurrents évincés. Aussi, la solution autrefois adoptée par le Conseil d'État dans son avis *Société Gouelle*¹¹²⁵ rendu en 2012 correspondrait parfaitement à cette approche. Le prétoire du juge serait alors accessible à « tout requérant qui aurait eu intérêt à conclure le contrat alors même qu'il n'aurait pas présenté sa candidature, qu'il n'aurait pas été admis à présenter une offre, ou qu'il aurait présenté une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable »¹¹²⁶, autrement dit à tout concurrent¹¹²⁷. Il va de soi que l'opérateur économique incapable d'être intéressé par le contrat en cause ne pourrait pas compter parmi les concurrents évincés. Il faudrait que la nature des prestations proposées et le territoire sur lequel elles sont offertes coïncident avec la demande du pouvoir adjudicateur. Reste à déterminer le sort des sous-traitants. Une telle qualité doit être probable, voire avérée, non pas hypothétique. En d'autres termes, la qualité de sous-traitant serait bien plus difficilement établie si le requérant a peu de chances de travailler avec l'entrepreneur principal que s'il est contraire l'un de ses sous-traitants habituels. Quand

¹¹²² V. en ce sens : CE, 14 octobre 2015, *Région Réunion*, concl. G. PELLISSIER, *BJCP* 2016 p. 71 ; S. BRACONNIER, *RDI* 2015 p. 583 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2015 act. 866 ; S. HUL, *AJCT* 2016 p. 115 ; J. MARTIN, *JCP A* 2016 p. 2074 ; D. POUPEAU, *AJDA* 2015 p. 1949 ; M. UBAUD-BERGERON, *Contrats-Marchés publ.* Déc. 2015 comm. 297.

¹¹²³ J.-F. LAFAIX, « L'intérêt à agir devant le juge du contrat », préc.

¹¹²⁴ *Ibid.*

¹¹²⁵ CE Avis, 11 avril 2012, *Société Gouelle*, concl. N. BOULOUIS, *BJCP* 2012 p. 387 ; O. AGNUS, *AJDA* 2013 p. 1268 ; S. BRACONNIER, *RDI* 2012 p. 398 ; P. CASSIA, *AJDA* 2012 p. 1109 ; S. HUL, *AJCT* 2012 p. 435.

¹¹²⁶ *Ibid.*

¹¹²⁷ Pour éviter toute confusion terminologique préjudiciable, il conviendra d'assimiler la notion de candidat à celle de concurrent.

bien même ce serait le cas, encore faut-il que l'entrepreneur principal figure au nombre des concurrents évincés, au risque d'ouvrir le prétoire du juge du contrat à des sous-traitants totalement insusceptibles d'être concernés par la conclusion du contrat en question.

L'étude de ces différents cas de figure peut donner la vertigineuse impression que le recours des tiers contre le contrat administratif est quasiment ouvert de manière inconditionnelle. Mais comme nous l'avons souligné, sa recevabilité résulterait de la confrontation entre la qualité sous laquelle le requérant se présente et les effets du contrat contesté. Et il demeure encore, pour préserver le juge du contrat d'un afflux trop important de tiers-requérant, la possibilité de limiter les moyens invocables.

B/ Les moyens d'agir des tiers contre le contrat administratif

Le second levier sur lequel agir afin d'ouvrir davantage le recours des tiers contre le contrat administratif est celui des moyens invocables. Une fois leurs contours tracés (1), leur présentation révèle ainsi un accès renouvelé au prétoire du juge du contrat (2).

1. Délimitation des moyens invocables

Malgré la présentation simplifiée qui en a été faite selon une méthode didactique¹¹²⁸, la recevabilité du recours des tiers contre le contrat administratif s'apprécie en pratique d'une façon globale, où se mêlent intérêt lésé et moyens invocables dans un rapport d'interdépendance. L'intérêt à agir est évalué au regard des arguments soulevés. Réciproquement, les moyens ne sont recevables que dans la mesure où ils sont « en rapport direct avec l'intérêt lésé dont [les tiers] se prévalent »¹¹²⁹, exception faite de « ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office »¹¹³⁰. La fermeture de l'office du juge du contrat s'est évidemment faite au moyen de l'exigence d'un lien entre l'intérêt lésé et les vices invoqués. Elle a justement été rendue possible par l'affranchissement de la règle classique selon laquelle la recevabilité de la requête, ce qui inclut l'intérêt à agir, s'apprécie

¹¹²⁸ V. *supra*. p. 153 et s.

¹¹²⁹ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹¹³⁰ *Ibid.*

par rapport aux conclusions¹¹³¹. Dans ce cas en effet, la reconnaissance d'un intérêt à agir permet d'invoquer tout moyen¹¹³². Mais si la recevabilité de la requête dépend des arguments à l'appui de la demande, alors ces derniers feront forcément l'objet d'une limitation : seuls les moyens permettant d'établir un intérêt à agir – intérêt lésé – seront invocables¹¹³³.

Toutefois l'approche alternative de la recevabilité du recours des tiers contre le contrat administratif évoquée précédemment¹¹³⁴ implique d'apprécier l'intérêt à agir au regard des conclusions. Dès lors que la qualité du tiers justifierait d'un intérêt à contester le contrat administratif, il serait donc logiquement admis à invoquer tout moyen à l'appui de sa requête¹¹³⁵. La détermination des moyens invocables par un tiers à l'encontre d'un contrat administratif revêt une importance pratique non négligeable, tant les illégalités susceptibles d'être invoquées sont nombreuses. Elles regrouperaient en effet les irrégularités affectant les actes autrefois détachables du contrat¹¹³⁶, mais également celles entachant le contrat administratif lui-même.

Au-delà de cette considération d'ordre pratique, il s'agit aussi d'estimer si un tiers est légitime à soulever n'importe quel vice affectant le contrat administratif. Dans l'hypothèse où une réponse négative s'imposerait, serait-il juridiquement admissible de limiter les

¹¹³¹ « La recevabilité d'une requête s'apprécie au regard des conclusions, c'est-à-dire de ce que le requérant entend obtenir du juge, et non des moyens, c'est-à-dire des arguments qu'il développe à l'appui de ses conclusions. » (G. PELLISSIER, « Recours pour excès de pouvoir : conditions de recevabilité », préc., n° 17). « [Le] principe est que l'intérêt est apprécié, non au regard des moyens invoqués, mais par rapport aux conclusions dont le juge est saisi, c'est-à-dire par rapport à l'objet de la demande. » (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., n° 564). V. également : CE, 15 mars 1957, *Israël, Lebon* p. 174 ; CE Ass., 22 juin 1963, *Albert, Lebon* p. 385 ; CE Ass., 6 juillet 1973, *Michelin et Veyret, Lebon* p. 481 ; CE Sect., 13 décembre 1974, *Gratet du Bouchage, Lebon* p. 629.

¹¹³² « [Depuis] quelques décennies, on vit dans le contentieux administratif avec une espèce de dogme fréquemment répété qui est que la recevabilité s'apprécie au regard des conclusions et pas des moyens. En excès de pouvoir, ce dogme signifie que, lorsque vous avez intérêt à contester une décision administrative, vous pouvez invoquer tous les moyens, même les plus farfelus, même ceux qui, en réalité, vous lèsent. » (B. DACOSTA, « Table ronde à propos de l'arrêt CE, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne* », RDP n° 5 p. 1148).

¹¹³³ « Pourquoi un recours contre le contrat est-il ouvert aux tiers ? Parce qu'un contrat peut les léser. Mais, si un recours contre le contrat n'est ouvert aux tiers que parce que ce contrat les lèse, il a paru assez cohérent et logique de ne permettre à ce tiers d'invoquer des moyens que s'ils sont en rapport avec la lésion dont celui-ci se prévaut. » (*Ibid.*).

¹¹³⁴ V. *supra*. A/.

¹¹³⁵ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., n° 564 ; G. PELLISSIER, « Recours pour excès de pouvoir : conditions de recevabilité », préc., n° 17.

¹¹³⁶ M. DE MONSEMBERNARD, « Contrats de la commande publique : contentieux de la validité », Rép. Cont. Adm., préc., n° 106 et s.

moyens invocables par le requérant alors que ce dernier s'est vu reconnaître un intérêt à agir ? Certains auteurs ont pu relever quelques cas particuliers dans lesquels « la reconnaissance de l'intérêt à agir n'implique pas, contrairement à ce qu'il en est traditionnellement, la possibilité pour le requérant de se prévaloir de tout moyen à l'appui de son recours »¹¹³⁷. Mattias Guyomar et Bertrand Seiller précisent ainsi que par l'arrêt *SMIRGEOMES*¹¹³⁸, « dans le cadre du référé précontractuel, le Conseil d'État a, en effet, décidé que le demandeur, même s'il dispose d'un intérêt à agir, n'est recevable à invoquer que des irrégularités susceptibles de l'avoir lésé ou de risquer de le léser »¹¹³⁹. On peut toujours objecter qu'en réalité, l'absence de tels manquements fait obstacle à la constitution d'un intérêt à agir. En d'autres termes, faute d'irrégularités susceptibles de l'avoir lésé ou risquant de le léser, le requérant serait dépourvu d'intérêt à agir. Mais il existerait encore un cas de figure dans lequel le requérant aurait bien un intérêt à agir sans avoir la possibilité d'invoquer tout moyen. Une partie à un contrat administratif a en effet toujours intérêt à contester celui-ci, en raison de leur qualité de cocontractant¹¹⁴⁰. Pour autant, le jeu de l'exigence de loyauté des relations contractuelles¹¹⁴¹ s'oppose à ce qu'elle puisse invoquer n'importe quel moyen, en particulier des vices dont elles seraient à l'origine ou qu'elles découvriraient subitement après plusieurs années d'exécution du contrat. D'aucuns estiment que ce n'est pas en raison d'un défaut d'intérêt à agir, sauf à considérer que cet intérêt est illégitime, car déloyal¹¹⁴².

En tout état de cause, qu'une limitation des moyens invocables après reconnaissance d'un intérêt à agir n'ait jamais été observée n'en fait pas une hypothèse improbable. L'opportunité d'une règle contentieuse déterminant les moyens que peut soulever le tiers-requérant indépendamment de son intérêt à agir se justifierait ici pour deux raisons. En premier lieu, parce que le recours des tiers contre le contrat administratif doit s'envisager

¹¹³⁷ M. GUYOMAR et B. SEILLER, *Contentieux administratif*, préc., n° 636.

¹¹³⁸ CE Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, *Lebon* p. 324 ; concl. B. DACOSTA, *BJCP* 2008 p. 451 et *RFDA* 2008 p. 1128 ; B. BONNET et A. LALANNE, *DA* 2008 comm. 154 ; S. BRACONNIER, *RDI* 2008 p. 499 ; F. BRENET, *RJEP* 2009 comm. 8 ; P. CASSIA, *AJDA* 2008 p. 2374 ; T. DAL FARRA, *BJCP* 2008 p. 394 ; P. DELVOLVÉ, *RFDA* 2008 p. 1139 ; E. GEFFRAY et S.-J. LIÉBER, *AJDA* 2008 p. 2161 ; S. HUL, *LPA* 21 novembre 2008 p. 15 ; F. LINDITCH, *JCP A* 2008 comm. 2262 ; J.-P. PIÉTRI, *Contrats-Marchés publ.* 2008 comm. 264 ; R. SCHWARTZ, *BJCP* 2008 p. 451.

¹¹³⁹ M. GUYOMAR et B. SEILLER, *Contentieux administratif*, préc., n° 636.

¹¹⁴⁰ J.-F. LAFAIX, « L'intérêt à agir devant le juge du contrat » in *L'intérêt à agir devant le juge administratif*, préc.

¹¹⁴¹ CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

¹¹⁴² J.-F. LAFAIX, « L'intérêt à agir devant le juge du contrat » in *L'intérêt à agir devant le juge administratif*, préc.

comme une voie de recours singulière, qui s'affranchit alors des règles classiques du contentieux administratif¹¹⁴³. En second lieu, parce que proposition a été faite de conditionner l'ouverture du recours « Tarn-et-Garonne » à la qualité dont le tiers se prévaut, car il représente à ce moment plus que son propre intérêt individuel. Pour autant, il n'a jamais été question de l'investir d'une mission de défense du principe de légalité. Il s'agit d'une fonction institutionnelle qui revient au préfet¹¹⁴⁴. Dans cette logique, on peut donc tout à fait concevoir que le tiers-requérant assure un minimum de cohérence entre l'objet de sa demande et les arguments à l'appui, sans pour autant dénier les avantages que présenteraient pour lui, mais surtout pour toute la classe d'individus à laquelle il appartient, l'annulation du contrat attaqué. À partir du moment où l'intérêt à agir d'un requérant est reconnu en raison de la qualité dont il se prévaut, qui le place dans une situation partagée par d'autres, il serait normal qu'il ne puisse seulement invoquer la violation de normes protégeant les intérêts communs qu'il représente.

Dans une perspective renouvelée de l'accès des tiers au recours contre le contrat administratif, on pourrait alors concevoir que les requérants se limitent à soulever des moyens en rapport avec la qualité dont ils se prévalent ou d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office. L'ouverture du recours n'en serait toutefois pas limitée outre mesure. Rappelons tout d'abord que les moyens ne compteraient pas parmi les conditions de recevabilité comme c'est le cas actuellement. Ils n'exerceraient aucune influence sur l'intérêt à agir qui s'apprécierait au regard des conclusions. En revanche, la recevabilité des moyens dépendrait effectivement de la qualité invoquée par le tiers. Mais la vérification de la nature des irrégularités soulevées interviendrait après admission de l'intérêt à agir, indépendamment de ce dernier. Si les moyens étaient jugés irrecevables, cela ne signifierait donc pas que le requérant serait dépourvu d'intérêt à agir, mais que sa demande manquerait de cohérence ou de légitimité. La seule influence que pourrait exercer cette disposition sur l'ouverture du recours résiderait dans l'incitation des tiers dépourvus d'arguments pertinents pour contester le contrat administratif à ne pas saisir le juge de plein contentieux. Par ailleurs, les moyens seraient finalement appréciés de manière beaucoup plus objective, non pas à travers une situation individuelle, mais au regard des effets du contrat sur des

¹¹⁴³ V. *supra*. p. 216 et s.

¹¹⁴⁴ Art. 72 al. 6 C., préc.

intérêts communs, voire publics. Il suffit d'envisager les hypothèses de mise en œuvre de cette condition pour s'en apercevoir.

2. Présentation des moyens invocables

L'identification des moyens d'une gravité telle que le juge du contrat devrait les relever d'office ne pose en théorie aucune difficulté particulière. Sont ainsi qualifiés les vices d'ordre public, c'est-à-dire les causes d'annulation du contrat administratif¹¹⁴⁵. Ces dernières ont été redéfinies à la suite des arrêts *Tropic Travaux*¹¹⁴⁶ de 2007 et *Commune de Béziers*¹¹⁴⁷ de 2009, mettant un terme à la règle selon laquelle toute irrégularité entachant le contrat administratif imposait la constatation de sa nullité¹¹⁴⁸. Le maintien de l'invocabilité de ces moyens d'ordre public est inévitable, tant leur gravité est intolérable. Cette faculté, qui confère aux tiers un rôle de vigie du principe de légalité, permet en outre d'attirer l'attention du juge du contrat sur les illégalités les plus graves. Elles feront l'objet d'une étude plus approfondie ultérieurement,¹¹⁴⁹ mais on peut d'ores et déjà citer à titre d'exemple l'illicéité de l'objet même du contrat¹¹⁵⁰ ou encore l'existence d'une clause méconnaissant le caractère inaliénable du domaine public¹¹⁵¹. On signalera cependant que certaines irrégularités sont qualifiées de vices d'une particulière gravité justifiant la résolution du contrat en fonction des circonstances de l'espèce, ce qui peut donner lieu à des solutions divergentes¹¹⁵².

La présentation des moyens invocables par un tiers au regard de la qualité dont il se prévaut appelle en revanche davantage d'explications. Le représentant de l'État dans le

¹¹⁴⁵ M. DE MONSEMBERNARD, « Contrats de la commande publique : contentieux de la validité », préc., n° 317-333.

¹¹⁴⁶ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux*, préc.

¹¹⁴⁷ CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

¹¹⁴⁸ V. à propos de l'évolution de la théorie de la nullité du contrat : P. BOURDON, *Le contrat administratif illégal*, Thèse, Dalloz, 2014, p. 44 et s.

¹¹⁴⁹ V. *infra*. p. 291 et s.

¹¹⁵⁰ À propos d'un contrat dont l'objet était la construction d'un édifice public du culte et non d'une salle polyvalente, méconnaissant ainsi le principe de laïcité : CAA Marseille, 11 juillet 2011, *Société générale méditerranéenne de travaux*, n° 08MA03145.

¹¹⁵¹ CE, 4 mai 2011, *Communauté de communes du Queyras, Lebon* p. 200, concl. B. DACOSTA, *BJCP* 2011 p. 353 ; C. CHAMARD-HEIM, *JCP A* 2012 p. 2170 ; O. DIDRICHE, *AJCT* 2011 p. 409 ; G. ECKERT, *Contrats-Marchés publ.* 2011 comm. 179 ; C. MAUGÜÉ, *BJCP* 2011 p. 361 ; M.-C. DE MONTECLER, *AJDA* 2011 p. 925 ; J.-G. SORBARA, *JCP A* 2011 act. 355.

¹¹⁵² M. DE MONSEMBERNARD, « Contrats de la commande publique : contentieux de la validité », préc., n° 327-333.

département pourra toujours soulever n'importe quelle irrégularité, au nom de la défense du principe de légalité¹¹⁵³. Pour l'ensemble des autres tiers, il conviendrait d'apprécier assez largement le lien entre les moyens invoqués et la qualité sous laquelle ils se présentent. Cela impliquerait de tenir également compte des finalités indirectes poursuivies par les règles violées et de leurs effets par extension sur des catégories d'individus autres que celles spécifiquement protégées¹¹⁵⁴. Seule une irrégularité totalement dénuée de tout rapport avec les intérêts protégés serait jugée irrecevable.

Dans ces conditions, les élus locaux, tout comme les membres des instances consultatives des collectivités territoriales, voire les collectivités ou groupements eux-mêmes, seraient en mesure d'invoquer n'importe quel moyen. Il est effectivement aisé de rattacher la dénonciation d'une irrégularité entachant un contrat administratif à la défense de l'intérêt de la collectivité ou d'un intérêt public. C'est particulièrement le cas lorsque le vice soulevé est susceptible d'impacter les finances publiques, le service public ou le territoire de la collectivité par exemple. De même, le non-respect des règles de publicité et de mise en concurrence est finalement synonyme de violation d'une législation censée garantir une meilleure utilisation des deniers publics¹¹⁵⁵, notamment en raison du critère du prix. Plus généralement, on doit considérer que la protection du principe de légalité est une garantie pour la collectivité locale. Il est dans son intérêt de passer des contrats purgés de toute illégalité, afin d'assurer la stabilité de la situation juridique qui en découle. Mieux vaut en effet éviter une remise en cause au moment de son exécution, au motif que certains vices n'auraient pas été invocables. En revanche, seuls les élus locaux pourraient se prévaloir d'atteintes à leurs prérogatives ou aux conditions d'exercice de leur fonction.

Les moyens invocables par les autres tiers seraient un peu moins nombreux, mais facilement invocables. Précisons en effet qu'il n'est pas question ici de prouver une lésion particulière, mais simplement d'invoquer la violation de règles censées protéger, y compris indirectement, les intérêts représentés par le tiers-requérant. L'invocabilité des moyens, comme la reconnaissance de l'intérêt à agir, relève donc plus du risque encouru pour les

¹¹⁵³ Art. 72 al. 6 C., préc.

¹¹⁵⁴ V. sur ce point : J.-F. LAFAIX, « L'intérêt à agir devant le juge du contrat », préc.

¹¹⁵⁵ « [La] meilleure utilisation des deniers publics peut apparaître comme une finalité indirecte (bien que réelle) des règles de passation des contrats publics, dont la finalité directe est d'assurer la liberté et l'égalité d'accès à la commande publique. » (*Ibid.*).

intérêts en présence que de l'existence avérée d'une atteinte à leur rencontre. Ce qui importe, c'est que le vice invoqué concerne un minimum les intérêts défendus. Ainsi, le contribuable local pourrait soulever l'ensemble des irrégularités susceptibles d'impacter les finances ou le patrimoine de la collectivité, y compris certains vices entachant la procédure de passation. L'article L.3 du Code de la commande publique précise en effet que les principes gouvernant cette procédure permettent notamment d'assurer « la bonne utilisation des deniers publics »¹¹⁵⁶. Le choix d'une offre anormalement basse pour la signature d'un marché n'irait pas en ce sens¹¹⁵⁷, bien qu'en tout état de cause, cette erreur manifeste d'appréciation relève des vices d'ordre public¹¹⁵⁸. On peut encore imaginer par exemple que le contribuable puisse dénoncer une clause prévoyant le versement d'un acompte avant commencement de l'exécution d'un marché ou dont le montant est supérieur à la valeur des prestations¹¹⁵⁹. De même qu'il pourrait également se prévaloir de la violation de l'interdiction faite à la personne publique de consentir des libéralités. D'autres manquements à des règles n'étant *a priori* pas édictées au nom de la protection des deniers publics peuvent cependant impacter les finances publiques, notamment les vices du consentement¹¹⁶⁰. Sans chercher à démontrer la réalité de cet impact, le contribuable local serait ainsi admis à les relever. Certes, toutes les irrégularités n'entraînent pas automatiquement des conséquences financières. Mais pour celles dont ce pourrait être le

¹¹⁵⁶ Art. L.3 CCP : « Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. »

¹¹⁵⁷ Art. L. 2152-5 CCP : « Une offre anormalement basse est une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché. ». Art. L. 2152-6 CCP : « L'acheteur met en œuvre tous moyens lui permettant de détecter les offres anormalement basses. Lorsqu'une offre semble anormalement basse, l'acheteur exige que l'opérateur économique fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre. Si, après vérification des justifications fournies par l'opérateur économique, l'acheteur établit que l'offre est anormalement basse, il la rejette dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État. ».

¹¹⁵⁸ CAA Marseille, 9 novembre 2015, *SARL Interface*, n° 14MA03488 ; H. HOEPPFNER, *Contrats-Marchés publ.* Janvier 2016 comm. 25.

¹¹⁵⁹ Art. L. 2191-4 CCP : « Les marchés passés par les acheteurs mentionnés à l'article L. 2191-1 donnent lieu à des versements à titre d'acomptes dans les conditions prévues par voie réglementaire, dès lors que les prestations ont commencé à être exécutées. Le montant d'un acompte ne peut excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte. »

¹¹⁶⁰ « Il reste, en revanche, plus concevable de soutenir qu'un dol commis au détriment de la personne publique, et ayant eu pour effet de renchérir le coût du contrat (CE, 19 décembre 2007, *Société Campenon-Bernard, Lebon* p. 507 ; F. MODERNE, *RFDA* 2008 p. 109), serait en rapport direct avec les intérêts du contribuable. » (J.-F. LAFAIX, « L'intérêt à agir devant le juge du contrat », préc.).

cas, elles seront constitutives de moyens invocables par les tiers appartenant à la catégorie des contribuables.

L'usager du service public pourrait quant à lui soulever des manquements aux règles relatives au coût¹¹⁶¹, à l'organisation ou au fonctionnement du service public, mais aussi à toutes celles participant de près ou de loin à sa protection. Dans certaines hypothèses, la chose serait plutôt aisée dès lors qu'un intérêt à agir a été reconnu. Il y a fort à parier que de nombreuses irrégularités entachant potentiellement une concession de service soient susceptibles d'entraîner des conséquences sur ledit service¹¹⁶². Ce serait naturellement le cas si un contrat de concession de service n'a pas été attribué au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse¹¹⁶³ ou a été accordé sans tenir compte de la qualité du service rendu aux usagers¹¹⁶⁴. Plus généralement, il est parfaitement concevable que divers manquements au stade de la passation d'un contrat administratif entraînent des répercussions sur le service public. Une mise en concurrence est toujours propice à assurer le meilleur service en termes de rapport qualité/prix. Le coût, le fonctionnement et l'organisation du service public délégué dépendent nécessairement de l'attributaire du contrat – parfois même du seul fait que le service soit délégué. D'où l'intérêt d'assurer la transparence des procédures de publicité et de mise en concurrence ainsi que le respect de l'égalité entre les candidats. Mais peu importe le contrat en question, l'arsenal contentieux du tiers-usager serait équipé de nombreuses armes dès lors qu'elles permettent de protéger le service utilisé. Comme le fait remarquer le Professeur Jean-François Lafaix, « l'on pourrait soutenir que les clauses qui fixent la durée des [concessions]¹¹⁶⁵ affectent, indirectement au moins, la situation des usagers en ce qu'elles visent à éviter un enrichissement abusif du cocontractant, au détriment des usagers et non des seuls concurrents potentiels. Mais cela suppose de considérer que l'objectif des règles limitant la durée des contrats ne se réduit

¹¹⁶¹ Certains moyens invocables par les usagers seraient alors communs avec ceux que peuvent soulever les contribuables.

¹¹⁶² Un marché de travaux peut toutefois entraîner des répercussions sur le service public.

¹¹⁶³ L'attribution de la concession au candidat qui n'a pas présenté l'offre la plus avantageuse pourrait également constituer une erreur manifeste d'appréciation justifiant l'annulation du contrat.

¹¹⁶⁴ Art. L. 3124-5 CCP : « Le contrat de concession est attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution. Lorsque la gestion d'un service public est concédée, l'autorité concédante se fonde également sur la qualité du service rendu aux usagers. »

¹¹⁶⁵ Arts. L. 3114-7 et L. 3114-8 CCP.

pas à une mise en concurrence périodique [...]. Les usagers devraient aussi pouvoir invoquer toute illégalité liée aux obligations du gestionnaire et conduisant à augmenter le coût du service, par exemple les clauses prévoyant des droits d'entrée ou le paiement par le cocontractant de sommes qui ne sont pas en rapport avec la gestion du service¹¹⁶⁶, car ces sommes seront reportées sur les usagers »¹¹⁶⁷. Aussi ces derniers pourraient-ils soulever la méconnaissance des principes inhérents au service public¹¹⁶⁸ et des garanties qui en découlent, en particulier le principe d'égalité¹¹⁶⁹. De façon analogue, l'utilisateur du domaine public pourrait se prévaloir de la violation de règles d'occupation domaniale ou de toute autre disposition intéressant le domaine public.

Enfin, les moyens invocables par les tiers qui n'ont pas encore été mentionnés se révéleraient sans doute plus aisément. Les personnes morales, qu'il s'agisse d'établissements publics ou de groupements divers comme les associations et les syndicats professionnels, pourraient de leur côté invoquer toutes irrégularités susceptibles de porter atteinte aux intérêts publics ou collectifs qu'ils représentent et défendent. Quant aux opérateurs économiques, autrement dit les concurrents évincés, ils seraient libres de soulever n'importe quel vice entachant la procédure de passation, y compris ceux qui ne sont pas à l'origine de leur éviction ou ne les ont pas lésés directement.

La recherche d'un rapport entre le moyen invoqué et qualité dont le tiers se prévaut serait cependant superfétatoire dans l'hypothèse où l'illégalité soulevée appartiendrait à la famille des vices d'une particulière gravité que le juge devrait relever d'office¹¹⁷⁰. Mais dans la mesure où la jurisprudence n'est pas toujours constante sur ce point¹¹⁷¹, le juge pourrait toujours procéder à la vérification de l'invocabilité d'un moyen autrefois cause d'annulation du contrat administratif. Et une appréciation plutôt généreuse de la recevabilité des moyens au regard de la qualité invoquée devrait donner aux tiers les armes pour défendre des

¹¹⁶⁶ Arts. L. 3114-4, L. 3114-5 et L. 3114-6 CCP.

¹¹⁶⁷ J.-F. LAFAIX, « L'intérêt à agir devant le juge du contrat », préc.

¹¹⁶⁸ Ces principes, aussi dénommés « lois de Rolland » ou « lois du service public », regroupent la mutabilité, la continuité et l'égalité (avec pour corollaire la neutralité) du service public. V. notamment sur ce point : R. CHAPUS, *Droit administratif général*, préc., n° 775 et s. ; B. PLESSIX, *Droit administratif général*, préc., n° 721 et s.

¹¹⁶⁹ V. à propos des droits opposables à l'Administration par les usagers : P. BOURDON, *Le contrat administratif illégal*, préc., pp. 293-299

¹¹⁷⁰ M. DE MONSEMBERNARD, « Contrats de la commande publique : contentieux de la validité », préc., n° 327-333.

¹¹⁷¹ *Ibid.*, n° 327.

intérêts plus grands que leur propre intérêt individuel. La méthode proposée pour réévaluer l'accès des tiers au juge du contrat s'inscrit dans cette logique : dès lors que la qualité dont se prévaut le tiers lui donne un intérêt à agir contre certains contrats menaçant les intérêts qu'il représente, même indirectement, il doit être doté des moyens de les défendre.

CONCLUSION DU CHAPITRE

Le Professeur Frédéric Rolin affirmait au lendemain de la décision *Tarn-et-Garonne*¹¹⁷² que « l'abandon du recours contre l'acte administratif détachable du contrat au profit d'un recours dirigé contre le contrat lui-même nous paraît caractériser ce que nous appellerons de manière schématique, le passage du recours pour excès de pouvoir de l'État légal vers un recours plus individualiste et subjectif et moins garant de l'intérêt général, dont la dénomination reste à trouver »¹¹⁷³. Il est vrai que la baisse du niveau de protection de l'intérêt général peut être imputable au recul du contrôle de légalité¹¹⁷⁴ consécutif à la subjectivisation des conditions de contestation du contrat administratif par les tiers. Toutefois les efforts déployés pour contrôler leur accès au juge du contrat et préserver ainsi la stabilité des relations contractuelles profitent également à l'intérêt général. Le problème se situe davantage dans le déséquilibre créé par ces nouvelles modalités d'ouverture du recours entre les différents intérêts en présence. Au nom de l'efficacité des politiques publiques, qui commande de maintenir autant que possible l'exécution du contrat administratif, les effets de ce dernier sur les tiers sont ignorés, au point de menacer leur droit au recours. Or l'exorbitance du contrat administratif repose beaucoup sur les effets qu'il déploie à l'égard des tiers. Ce constat justifie qu'on leur attribue un rôle actif au sein du contentieux contractuel, indépendamment d'un éventuel statut institutionnel, comme celui du préfet ou de l'élu local.

La fonction du recours « Tarn-et-Garonne » doit ainsi être repensée, sa dénomination trouvée¹¹⁷⁵, afin d'offrir aux tiers un accès facilité et non-discriminant au juge du contrat. Une qualification singulière en tant que recours unique garantit la plus grande adaptabilité aux enjeux soulevés par une telle voie d'action. Le recours des tiers contre le contrat

¹¹⁷² CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹¹⁷³ F. ROLIN, « Du recours pour excès de pouvoir de l'État légal à la protection des intérêts subjectifs dans l'État contemporain : quelques réflexions critiques sur l'arrêt *Département du Tarn-et-Garonne* », préc.

¹¹⁷⁴ Le recours en excès de pouvoir trouve sa raison d'être dans le contrôle de l'Administration.

¹¹⁷⁵ En référence aux propos du Professeur Frédéric Rolin retranscrits ci-dessus.

administratif a été présenté comme un recours de plein contentieux subjectif, mais en réalité il ne correspond à aucune des classifications contentieuses proposées. Au contraire, il les transcende. Il mêle des questions de légalité du contrat et de ses clauses à la protection de droits subjectifs des parties et d'intérêts personnels défendus par les tiers-requérants. Mais ces derniers, consciemment ou non suivant la qualité sous laquelle ils se présentent, participent toujours à la préservation d'intérêts plus objectifs et moins individuels, qu'ils soient collectifs ou publics. Partant de ce constat, la voie de contestation du contrat administratif doit s'ouvrir aux tiers à l'aune de la qualité qu'ils revêtent. L'accès au juge reposera sur des considérations plus objectives privilégiant la défense d'intérêts communs.

Allant à l'encontre de la ligne jurisprudentielle fixée par le Conseil d'État dans sa décision *Département de Tarn-et-Garonne*¹¹⁷⁶, cette proposition peut faire redouter une menace sur la stabilité des relations contractuelles. Mais ce serait oublier que le juge du contrat dispose d'une palette de pouvoirs entièrement renouvelée, permettant d'assurer la sécurité juridique des conventions. De sorte que les arguments faisant obstacle à une plus grande ouverture de son prétoire se fassent de plus en plus rares.

¹¹⁷⁶ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

CONCLUSION DU TITRE

Le point cardinal de la stabilisation du contrat administratif se situe incontestablement dans les conditions d'accès au prétoire du juge relatives aux tiers. C'est ici que le Conseil d'État a principalement concentré ses efforts afin de créer un environnement favorable à l'efficacité de l'action administrative. À la suite d'un important processus de subjectivisation des modalités d'ouverture du recours des tiers, les requérants doivent désormais justifier d'un intérêt lésé de façon suffisamment direct et certaine par la passation du contrat et ne peuvent ainsi soulever que des moyens en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office. De telles conditions ont notamment pour effet de restreindre sensiblement l'ouverture du recours contre le contrat aux concurrents évincés. La volonté de sécurisation des relations contractuelles est clairement assumée, puisque les opérateurs économiques constituent les tiers-requérants les plus nombreux. De manière générale, le Conseil d'État semble donc imposer aux tiers des conditions de recevabilité et d'invocabilité des moyens basées sur la menace qu'ils représenteraient pour le contrat administratif ou des fonctions qu'ils exercent. Le préfet et les élus locaux appartiennent ainsi à la catégorie des tiers privilégiés.

Cette inégalité au niveau de l'accès au prétoire du juge du contrat administratif n'est pas illégitime en soi, puisque le contrat n'emporte pas les mêmes effets à l'égard des tiers, selon la qualité qu'ils revêtent (usager du service public, contribuable, représentant de l'État, concurrent évincé, etc.). Mais la ligne jurisprudentielle ainsi fixée par le Conseil d'État conduit en réalité à négliger l'importance et la nature des effets du contrat – qui ne sont pas si relatifs – sur la situation des tiers. Elle dénature alors la notion de contrat administratif, puisque l'action administrative contractuelle s'exerce en réalité à l'égard des tiers ou suppose de faire appel à leurs compétences. Pour cette raison en particulier, il convient de modifier les conditions d'ouverture dans le sens d'une convergence de celles-ci vers les intérêts collectifs voire publics défendus par les tiers.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

L'étude du périmètre d'ouverture du recours des tiers contre le contrat administratif révèle la volonté à peine dissimulée du Conseil d'État de préserver coûte que coûte la stabilité des relations contractuelles. Cette politique jurisprudentielle se justifie aisément au regard des enjeux inhérents à l'action administrative contractuelle. La bonne gestion des deniers publics, la continuité du service public et la satisfaction de l'intérêt général dépendent de son efficacité. Le contrat administratif n'aurait plus vraiment de raison d'être s'il était privé de ses effets à la moindre contestation. La notion est donc fragilisée lorsque le contentieux contractuel administratif est agencé de telle sorte que l'exécution du contrat puisse être perturbée inopinément et que l'administration soit placée dans une situation incertaine.

L'intégration des actes autrefois considérés comme détachables dans un recours en contestation directe de la validité du contrat administratif participe alors à renforcer la notion de contrat administratif. Tout comme la subjectivisation des conditions d'accès des tiers au juge du contrat, afin de limiter le nombre de recours, le cas échéant par un effet dissuasif. Pour autant, ces démarches ne sont pas satisfaisantes. La première manque en partie son objectif, en raison d'une redéfinition balbutiante des actes attaquables par les tiers, qu'il convient alors de conceptualiser afin de renforcer l'efficacité de l'action publique. La seconde démarche est encore plus critiquable, car si elle parvient effectivement à atteindre l'objectif de stabilité des relations contractuelles, c'est au détriment du droit au recours des tiers. Or les effets du contrat administratif à leur égard doivent conduire à ouvrir le recours « Tarn-et-Garonne » de sorte à permettre la défense des intérêts collectifs. Il existe d'autres moyens de créer un environnement favorable à la stabilité de l'action administrative contractuelle, en particulier au stade de l'exercice du recours des tiers contre le contrat.

SECONDE PARTIE

L'EXERCICE DU RECOURS DES TIERS CONTRE LE CONTRAT ADMINISTRATIF

A priori, les conditions d'exercice du recours des tiers contre le contrat administratif ne revêtent pas un caractère très novateur. L'arrêt *Tarn-et-Garonne*¹¹⁷⁷ transpose quasiment l'intégralité de l'office du juge du contrat saisi par un concurrent évincé¹¹⁷⁸ dans le recours ouvert à tous les tiers. Et s'il a évidemment bouleversé le contentieux des actes détachables, qui s'est réduit à peau de chagrin, il n'en a pas pour autant transformé l'intégralité du contentieux des tiers au contrat. Mais cette vision est toutefois réductrice de l'intérêt d'étudier l'exercice du recours des tiers contre le contrat administratif.

Parce qu'il impose désormais aux tiers de saisir directement le juge du contrat administratif, le recours « Tarn-et-Garonne » participe à l'enrichissement de son office et offre de nouvelles illustrations des différentes techniques de protection du contrat administratif. Ces dernières doivent cependant être développées ou corrigées, afin de renforcer la stabilité des relations contractuelles tout en légitimant l'action administrative (**Titre 1**). Parce qu'il modifie également l'ensemble de la structure du contentieux contractuel administratif, l'articulation du recours « Tarn-et-Garonne » avec les autres voies d'action dont disposent les tiers livre plusieurs enseignements : en premier lieu, au regard de sa capacité à assurer la stabilité des relations contractuelles par rapport aux autres voies de recours ; en second lieu, compte tenu de la place occupée par certains tiers au sein du contentieux contractuel (**Titre 2**).

¹¹⁷⁷ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹¹⁷⁸ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

TITRE 1. L'EXERCICE DU RECOURS DES TIERS

DEVANT LE JUGE DU CONTRAT ADMINISTRATIF

À l'origine, le seul recours à disposition des tiers en matière contractuelle – celui contre les actes détachables – impliquait uniquement l'intervention exclusive du juge de l'excès de pouvoir¹¹⁷⁹. Par la suite, le juge de l'exécution et le juge du contrat ont été associés au contentieux des actes détachables afin de tirer les conséquences de leur annulation sur le contrat¹¹⁸⁰. Mais désormais, les tiers disposent d'un recours direct en contestation de la validité du contrat administratif qui s'exerce devant le juge de plein contentieux¹¹⁸¹. Cette mutation du contentieux contractuel réservé aux tiers révèle ainsi « la conception judiciaire du contrat administratif »¹¹⁸², autour de laquelle a été conçu l'office du juge du contrat. Si ce dernier ne doit pas être confondu *stricto sensu* avec la place du juge au sein du contentieux contractuel¹¹⁸³, il faut admettre qu'ils entretiennent un rapport d'interdépendance, précisément basé sur la conception du contrat administratif. Un bref rappel des grandes étapes de l'évolution du contentieux des tiers au contrat permet de mesurer l'ampleur des modifications apportées à la notion de contrat administratif.

D'une manière ou d'une autre, le contentieux contractuel intéressant les tiers a toujours été gouverné par le souci de préservation du contrat administratif¹¹⁸⁴, pour des raisons

¹¹⁷⁹ CE, 4 août 1905, *Martin*, n° 14220, *Lebon* p. 749, concl. J. ROMIEU ; G. JÈZE, *RDP* 1906 p. 249 ; M. HAURIOU, *Sirey* 1906 III p. 49.

¹¹⁸⁰ CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement (IRD)*, *Lebon* p. 501 ; concl. D. PIVETEAU, *BJCP* 2004 p. 136 et *CJEG* 2004 p. 246 ; J.-D. DREYFUS, *AJDA* 2004 p. 394 et *RDI* 2004 p. 296 ; A. MÉNÉMÉNIS, *DA* 2004 comm. 59 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2004 comm. 31 ; CE, 21 février 2011, *Société Ophrys*, *Lebon* p. 54 ; concl. B. DACOSTA, *BJCP* 2011 p. 133 ; F. BRENET, *DA* 2011 comm. 47 ; M.-C. DE MONTECLER, *AJDA* 2011. 356 ; R. NOGUELLOU, *RDI* 2011 p. 277 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2011 comm. 123 ; F. SCANVIC, *AJCT* 2011 p. 419.

¹¹⁸¹ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹¹⁸² F. BRENET, « Libres propos sur la « judicialisation » du contrat administratif : un nouveau juge pour un nouveau contrat administratif ? » in *Mélanges Richer*, LGDJ, 2013, p. 551.

¹¹⁸³ « En effet, là où l'office du juge renvoie aux pouvoirs et obligations dévolus au juge, la place du juge doit s'entendre, dans le cadre du contentieux contractuel, comme son positionnement par rapport à la loi des parties que la conclusion du contrat a initialement déterminée. » (P. CAILLE, « La place redéfinie du juge dans le contentieux de l'exécution », *L'exécution des contrats administratifs*, dir. V. BOUHIER et D. RICCARDI, *Le Moniteur*, 2018, p. 187)

¹¹⁸⁴ C'est également le cas du contentieux de la validité du contrat administratif réservé aux parties.

cependant différentes selon la période jurisprudentielle dans laquelle il s'inscrivait. L'ouverture aux tiers d'un recours en excès de pouvoir contre les actes détachables s'est justifiée par une volonté de conciliation entre « le respect des compétences¹¹⁸⁵ et des droits acquis aux cocontractants avec le droit d'être jugé pour le citoyen »¹¹⁸⁶. À cette époque donc, le contrat administratif était surtout appréhendé sous l'angle de sa dimension contractuelle, comme un acte créateur de droits qu'il convenait de sauvegarder. C'est là que reposait l'intérêt du « caractère platonique »¹¹⁸⁷ du recours, l'annulation d'un acte détachable ne pouvant atteindre le contrat. Nonobstant l'impact des autres avancées en la matière¹¹⁸⁸, le glissement du contentieux des actes détachables dans un recours de pleine juridiction contre le contrat ouvert aux concurrents évincés, puis à l'ensemble des tiers, a profondément renouvelé la conception du contrat administratif. La création d'un nouvel office du juge du contrat saisi par les tiers a permis de retrouver une stabilité des relations contractuelles en perte depuis la fin du XX^e siècle¹¹⁸⁹. Mais l'objectif est aujourd'hui davantage poursuivi pour des motifs d'intérêt général que pour la sauvegarde des droits acquis par les parties¹¹⁹⁰. La décision *Tarn-et-Garonne*¹¹⁹¹ parachève donc ce changement de paradigme, comme en témoignent les conclusions du rapporteur public¹¹⁹². L'office du juge de plein contentieux issu de ce revirement jurisprudentiel place le juge du contrat saisi par les tiers dans un rôle de gardien quasiment absolu de la stabilité du contrat administratif,

¹¹⁸⁵ Étaient concernées les compétences respectives du juge de la nullité du contrat et du juge de l'excès de pouvoir.

¹¹⁸⁶ J. ROMIEU, Concl. sur CE, 4 août 1905, *Martin, Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative – Vol. 1*, dir. H. DE GAUDEMAR et D. MONGOIN, LGDJ, 2015, p. 262.

¹¹⁸⁷ *Ibid.*

¹¹⁸⁸ V. notamment : CE Sect., 7 octobre 1994, *Époux Lopez*, n° 124244, *Lebon* p. 430, concl. R. SCHWARTZ, *ibid.* et *RFDA* 1994 p. 1090 ; J.-B. AUBY et C. MAUGÜÉ, *RDI* 1995 p. 93 ; D. POUYAUD, *RFDA* 1994 p. 1098 ; L. TOUVET et J.-H. STAHL, *AJDA* 1994 p. 867 ; CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement (IRD)*, préc. ; CE, 21 février 2011, *Société Ophrys*, préc.

¹¹⁸⁹ L'annulation d'un acte détachable était en effet susceptible d'emporter des conséquences sur le contrat administratif à partir de la jurisprudence *Époux Lopez* (CE Sect., 7 octobre 1994, *Époux Lopez*, préc.).

¹¹⁹⁰ « Ce qui est en cause, [...] c'est l'insécurité juridique des contrats. Or l'insécurité juridique coûte et elle coûte cher. Elle est mauvaise pour la vie des affaires et elle pèse sur les finances publiques, car les cocontractants de l'administration la lui font payer. » (D. CASAS, Concl. sur CE Ass, 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, *RFDA* 2007 p. 696).

¹¹⁹¹ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹¹⁹² « Contrairement aux apparences, ce parcours d'obstacles imposé aux tiers « lambda » n'est pas, ou en tout cas peut ne pas être, protecteur des intérêts de la personne publique contractante. [...] Des contrats administratifs en cours d'exécution, dont la décision de signature a fait l'objet d'une annulation, demeurent ainsi sous la menace que le tiers auteur du premier recours, voire un autre, prenne à tout moment l'initiative de saisir le juge de l'exécution. » (B. DACOSTA, Concl. sur CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, *RFDA* 2014 p. 425).

qui supplante largement le principe de légalité. Au point que certains auteurs se demandent « si le juge administratif ne va pas actuellement trop loin dans la protection de la sécurité juridique »¹¹⁹³. La question mérite surtout d'être posée en raison du pouvoir de contrôle du juge de l'accès à son prétoire du juge, qui constitue la grande nouveauté du recours en contestation de la validité du contrat administratif.

L'étude de l'office du juge du contrat administratif défini dans le cadre du recours de plein contentieux ouvert aux tiers, conduit à apprécier l'importance accordée à la recherche de stabilité des relations contractuelles et par conséquent, à l'efficacité de l'action administrative déterminée au nom de l'intérêt général (**Chapitre 1**). Le contrat administratif est toujours conclu afin de satisfaire ce dernier. Sa préservation est aujourd'hui largement légitimée par l'intérêt général, qu'il se manifeste sous la forme du principe de continuité du service public, de la bonne gestion des deniers publics ou d'autres motifs. Pour autant, l'office du juge du contrat administratif saisi par un tiers n'a pas atteint la perfection. Des améliorations sont envisageables, notamment dans l'hypothèse d'une ouverture plus favorable aux tiers du recours contre le contrat (**Chapitre 2**).

¹¹⁹³ O. MAMOUDY, « Une balance déséquilibrée », *AJDA* 2019 p. 1087.

CHAPITRE 1. LA DÉFINITION DE L'OFFICE DU JUGE DU CONTRAT ADMINISTRATIF

L'ouverture d'un recours en contestation de la validité du contrat administratif à l'ensemble des tiers confirme l'office du juge du contrat tel qu'il a été conçu et pensé comme stabilisateur des relations contractuelles depuis la jurisprudence *Tropic*¹¹⁹⁴. Certes privé de la faculté de modification du contrat¹¹⁹⁵, pour une évidente question de respect de la volonté des parties, le juge de la validité du contrat retrouve néanmoins la large palette de pouvoirs à sa disposition depuis le réagencement du plein contentieux contractuel¹¹⁹⁶. L'élargissement de l'accès des tiers au prétoire du juge du contrat administratif s'est même accompagné de l'enrichissement de son office, dont l'adaptation à l'objectif de stabilité des relations contractuelles a sans doute atteint son point culminant.

La recherche du maintien du contrat administratif irrégulier¹¹⁹⁷ dans l'ordonnancement juridique a conduit le Conseil d'État à doter le juge de plein contentieux saisi par un tiers

¹¹⁹⁴ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545, *Lebon* p. 360 ; concl. D. CASAS, *BJCP* 2007 p. 391 et *RFDA* 2007 p. 696 ; P. CASSIA, *AJDA* 2007 p. 1964 ; P. COSSALTER, *DA* 2007 comm. 242 ; P. DELVOLVÉ, *RJEP* 2007 p. 327 ; F. LENICA et J. BOUCHER, *AJDA* 2007 p. 1577 ; F. MELLERAY, *RDP* 2007 p. 1383 ; F. MODERNE, *RFDA* 2007 p. 923 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, *CMP* 2007 repère 8 et 2008 repère 5 ; J.-P. PIETRI, *CMP* 2008 comm. 254 ; D. POUYAUD et M. CANEDO, *RFDA* 2007 p. 935 ; B. SEILLER, *JCP A* 2007 n° 38 p. 2227 ; M. TOUZEIL-DIVINA, *RGCT* 2008 n° 4 p. 16 ; M. UBAUD-BERGERON, *JCP* 2007 II p. 1016.

¹¹⁹⁵ Dans le cadre du recours des concurrents évincés, le juge pouvait modifier certaines clauses du contrat administratif (*ibid.*). Dans la lignée de la jurisprudence *Béziers I* (CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802, *Lebon* p. 509 ; concl. E. GLASER, *ibid.*, *BJCP* 2010 p. 138 et *RFDA* 2010 p. 506 ; O. DIDRICHE, *AJCT* 2010 p.114 ; J. GOURDOU et P. TERNEYRE, *RJEP* Juin 2010 p.19 ; A. LALLET et X. DOMINO, *AJDA* 2011 p. 665 ; S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, *AJDA* 2010 p. 142 ; F. LINDITCH, *JCP A* 2010 p. 2072 ; R. NOGUELLOU, *RDI* 2010 p. 265 ; H. PAULIAT, *RDP* 2010 p. 553 ; D. POUYAUD, *RFDA* 2010 p. 519 ; P. REES, *Contrats-Marchés publ.*, Mars 2010 p. 38 ; B. SEILLER, *Gaz. Pal.* 16 mars 2010 p. 13), le Conseil d'État a retiré le pouvoir de modification de l'office du juge de plein contentieux saisi par un tiers (CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.).

¹¹⁹⁶ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc. ; CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc. ; CE Sect., 23 décembre 2011, *Ministre de l'Intérieur*, n° 348647, *Lebon* p. 662 ; concl. B. DACOSTA, *BJCP* 2012 p. 125 ; F. BRENET, *RJEP* 2012 comm. 25 ; A. CLAEYS, *DA* 2012 comm. 27 ; P. DELVOLVÉ, *RFDA* 2012 p. 683 ; M. QUYOLLET, *AJDA* 2012 p. 1064 ; CE Ass, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹¹⁹⁷ Le contrat administratif irrégulier ainsi qualifié désigne tout contrat administratif entaché d'une irrégularité, quelle qu'elle soit, même considérée comme minime, vénielle ou encore non-substantielle.

d'outils désormais bien connus, parfois renouvelés, mais également d'instruments nouveaux¹¹⁹⁸. Dès sa saisine et à tous les stades de l'instance, le juge dispose de moyens performants pour assurer la préservation du contrat administratif (**Section 1**). Il arrive cependant que la recherche de consolidation des relations contractuelles se heurte au principe de légalité. La première n'en demeure pas moins largement prioritaire sur le second, dont le champ d'application a fait l'objet d'une importante restriction. Les modalités de remise en cause du contrat administratif témoignent ainsi du caractère tout à fait exceptionnel de son éventuelle disparition (**Section 2**).

¹¹⁹⁸ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

SECTION 1. LE MAINTIEN PRÉFÉRENTIEL DE LA STABILITÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES

La capacité du juge à sécuriser le contrat administratif en cas de contestation s'apprécie *a priori* au regard de son comportement face à une irrégularité. On a pu reprocher au juge du contrat d'être en situation de compétence liée dans une telle hypothèse, contraint de procéder au constat de nullité de l'acte¹¹⁹⁹. À l'époque, la critique ne valait qu'en cas de saisine du juge de plein contentieux par un cocontractant, les tiers devant se contenter de la voie de l'excès de pouvoir contre les actes détachables. Mais l'ouverture aux tiers d'un recours direct contre le contrat administratif ne pouvait vraisemblablement pas s'opérer sans une profonde mutation de l'office du juge de la validité du contrat, sous peine de menacer la stabilité des relations contractuelles. Le travail de sécurisation du contrat administratif avait d'ailleurs déjà été amorcé dans le contentieux des actes détachables¹²⁰⁰. Ainsi la création du recours des concurrents évincés contre le contrat administratif fut l'occasion d'offrir au juge du contrat un dispositif garantissant la stabilité de l'acte contesté¹²⁰¹.

Dans la lignée de la jurisprudence *Tropic*¹²⁰², le Conseil d'État a affirmé que, dans le cadre du recours désormais ouvert à l'ensemble des tiers contre le contrat administratif, « il appartient au juge du contrat, [...] lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences ; qu'ainsi il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices »¹²⁰³ de rendre la décision adéquate. Le juge ne possède pourtant pas seulement les moyens de maintenir le contrat administratif en présence d'irrégularités qui l'affectent (§2). D'autres outils sont mobilisables avant même de vérifier la présence d'un vice (§1).

¹¹⁹⁹ V. notamment en ce sens : E. GLASER, Concl. sur CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers, Lebon* p. 509, *BJCP* 2010 p. 138 et *RFDA* 2010 p. 506.

¹²⁰⁰ CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement (IRD)*, n° 248950, *Lebon* p. 501, concl. D. PIVETEAU, *BJCP* 2004 p. 136 et *CJEG* 2004 p. 246 ; J.-D. DREYFUS, *AJDA* 2004 p. 394 et *RDI* 2004 p. 296 ; A. MÉNÉMÉNIS, *DA* 2004 comm. 59 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2004 comm. 31.

¹²⁰¹ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisations*, préc.

¹²⁰² *Ibid.*

¹²⁰³ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

§1. L'IGNORANCE D'UNE IRRÉGULARITÉ

Le processus de vérification de la validité du contrat administratif à la demande d'un tiers-requérant ne peut être déclenché au prix de l'insécurité juridique. Le constat n'est cependant pas exclusif du recours « Tarn-et-Garonne », ni du contentieux contractuel en général. Même la plus accessible des voies de recours, l'excès de pouvoir, dispose de garde-fous réfrénant les tentatives d'action populaire. Ce sont finalement des éléments communs à l'ensemble des actions contentieuses qui servent de variables d'ajustement, selon l'équilibre souhaité entre légalité et sécurité juridique. Cette dernière s'est de toute évidence largement imposée au sein du contentieux de la validité du contrat administratif, sous l'apparence de la stabilité des relations contractuelles. Au sein du recours des tiers contre le contrat administratif, cet objectif peut être contrarié par un risque de remise en cause perpétuelle de l'acte contesté, ainsi que par un nombre important de requérants. C'est pourquoi le juge du contrat dispose de la faculté de ne pas examiner la légalité du contrat, possiblement affectée, au-delà d'un certain délai (A) ou en raison de plusieurs éléments relatifs au tiers-requérant (B).

A/ L'irrégularité ignorée en raison du délai

Avant même de mobiliser les pouvoirs mis à disposition du juge administratif pour statuer sur le fond de la demande¹²⁰⁴, il est possible d'ignorer l'illégalité de l'acte mis en cause. Certaines règles préalables conduisent en effet à rejeter le recours engagé. Il en va ainsi par exemple en cas d'incompétence de la juridiction saisie, notamment matérielle et territoriale¹²⁰⁵, ce qui offre tout de même la faculté au requérant de s'adresser au juge compétent et à celui-ci de statuer sur la légalité de l'acte¹²⁰⁶. De même, lorsque l'affaire révèle la présence d'une cause de non-lieu à statuer¹²⁰⁷, si le recours a perdu son objet. Au-

¹²⁰⁴ Ce qui suppose que le requérant ne se soit pas désisté. V. sur ce point : C. BROYELLE, *Contentieux administratif*, 10^e éd., LGDJ, 2022-2023, pp. 240-242 ; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., Montchrestien, 2008, pp. 949-954 ; B. SEILLER et M. GUYOMAR, *Contentieux administratif*, 6^e éd., Dalloz, 2021, pp. 279-283.

¹²⁰⁵ C. BROYELLE, *Contentieux administratif*, préc., pp. 41-47 ; B. SEILLER et M. GUYOMAR, *Contentieux administratif*, pp. 64-79. V. plus précisément en matière de contentieux de la validité du contrat à l'initiative des tiers : O. GUÉZOU, *Traité du contentieux de la commande publique*, 2^e éd., Le Moniteur, 2018, pp. 171-172.

¹²⁰⁶ Arts. R. 351-1 à R. 351-9 CJA.

¹²⁰⁷ C. BROYELLE, *Contentieux administratif*, préc., pp. 301-305 ; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., pp. 943-948 ; B. SEILLER et M. GUYOMAR, *Contentieux administratif*, préc., pp. 282-287.

delà de ces cas de figure, les règles de recevabilité peuvent également conduire le juge administratif à ignorer des irrégularités entachant l'acte contesté. Les précisions apportées en matière de recevabilité par le Conseil d'État à la suite de l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne*¹²⁰⁸ rendent l'hypothèse particulièrement plausible en cas de recours d'un tiers contre un contrat.

Bien qu'elle puisse paraître discrète au regard de la place accordée à certaines modalités d'accès au prétoire du juge du contrat¹²⁰⁹, la condition relative au *délai de recours*¹²¹⁰ figure parmi les moyens d'ignorer les vices entachant le contrat administratif¹²¹¹. Au-delà d'un certain temps en effet, le recours dont disposent les tiers pour contester le contrat administratif est frappé de *forclusion*¹²¹². En dépit des irrégularités entachant l'acte, la requête sera déclarée irrecevable¹²¹³. Les vices dénoncés par les tiers seront, dans ce cadre précis¹²¹⁴, privés de leurs effets juridiques sans pour autant disparaître¹²¹⁵. Le Conseil d'État

¹²⁰⁸ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹²⁰⁹ V. *infra*. p. 271 et s.

¹²¹⁰ Le délai de recours est un délai de procédure qui se distingue du délai d'action. V. note *infra*.

¹²¹¹ Le Professeur Jean-François LAFAIX avait envisagé plus largement la prescription comme un moyen d'agir sur le « prononcé de la nullité » par « l'extinction de l'action en nullité », tout en démontrant ses limites. V. en ce sens : J.-F. LAFAIX, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, Thèse, Dalloz, 2009, pp. 513-552.

¹²¹² La forclusion marque l'expiration du délai de recours. Elle ne doit pas être confondue avec la prescription, qui marque l'expiration du délai d'action. La première désigne une « sanction qui frappe le titulaire d'un droit ou d'une action pour défaut d'accomplissement, dans le délai légal [...], d'une formalité, lui interdisant d'accomplir désormais cette formalité » tandis que la seconde « entraîne l'extinction du droit (la perte du droit substantiel) par non-usage de ce droit pendant un laps de temps déterminé » (Vocabulaire juridique de Cornu). « Ces définitions recourent l'idée, généralement admise en doctrine civiliste, selon laquelle la forclusion est un délai de procédure qui entraîne l'irrecevabilité de la requête, tandis que la prescription, règle de fond, éteint l'obligation elle-même dont l'action en justice a pour objet d'obtenir l'exécution. » (O. HENRARD, Concl. sur CE Ass., 13 juillet 2016, *Czabaj*, *RFDA* 2016 p. 927). V. également sur la distinction entre forclusion et prescription en matière civile : N. BALAT, « Forclusion et prescription », *RTD Civ.* 2016 p. 751 ; F. ROUVIÈRE, « Prescription et forclusion : différence de nature ou de degré ? », *RTD Civ.* 2017 p. 529.

¹²¹³ « La plus évidente des conséquences de l'expiration du délai de recours contre un acte est, évidemment, l'irrecevabilité du recours exercé postérieurement. L'acte devient définitif et acquiert l'autorité de chose décidée. » (B. SEILLER et M. GUYOMAR, *Contentieux administratif*, préc., p. 367 §709).

¹²¹⁴ L'action en contestation de la validité du contrat est en revanche ouverte aux parties pendant toute la durée de son exécution, sans qu'aucune règle de prescription de leur soit opposable : CE Sect., 1er juillet 2019, *Association pour le musée des îles Saint-Pierre-et-Miquelon*, n° 412243, concl. A. LALLET au *Lebon*, p. 269 ; F. BRENET, *DA* Décembre 2019 comm. 52 ; G. ECKERT, *Contrats-Marchés publ.* Octobre 2019 comm. 326 ; H. HOEPPFNER, *RFDA* 2019 p. 1032 ; C. MALVERTI et C. BEAUFILS, *AJDA* 2019 p. 1750 ; M.-C. DE MONTECLER, *ibid.* p. 1369 ; P. NOUAL, *AJCT* 2019 p. 571.

¹²¹⁵ « L'expiration du délai de recours, rendant l'acte définitif, interdit désormais toute contestation par voie d'action. Cependant, le seul écoulement du temps n'a pas purgé les vices dont il est éventuellement entaché. » (B. SEILLER et M. GUYOMAR, *Contentieux administratif*, préc., p. 368 §713). « La prescription éteint ainsi l'action en nullité sans purger toutefois l'acte du vice qui l'entache. L'acte ne devient pas légal par l'effet du

précise ainsi que le recours des tiers contre le contrat administratif « 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 »¹²¹⁶, reprenant au mot près la jurisprudence *Tropic*¹²¹⁷. Dans ses conclusions sur l’arrêt *Tarn-et-Garonne*¹²¹⁸, le rapporteur Bertrand Dacosta n’a pourtant pas jugé nécessaire de spécifier que le délai de droit commun pourrait également s’appliquer au nouveau recours des tiers contre le contrat administratif¹²¹⁹. Mais nul ne peut douter au regard de son souci de préserver la stabilité des relations contractuelles qu’il partage sur ce point le même avis que son collègue Didier Casas. Ce dernier, tout en proposant d’ouvrir le prétoire du juge plein contentieux aux tiers justifiant de « droits lésés par la conclusion du contrat »¹²²⁰, avait manifesté sa volonté « d’abrégé de façon raisonnable la période pendant laquelle les contrats pourraient être exposés à de possibles actions des tiers »¹²²¹, pour des raisons de sécurité juridique. Il suggérait ainsi d’enfermer ce qui sera finalement le recours des concurrents évincés dans « le délai de droit commun de deux mois prévu à l’article R. 421-1 de Code de justice administrative à compter de l’accomplissement de mesures de publicités appropriées »¹²²².

Un tel choix présente deux intérêts qui n’ont pourtant pas été mentionnés. En tant que délai de droit commun, il a l’avantage de la simplicité. Déjà utilisé de manière générale en

temps ; la *prescription* ne répare pas l’acte vicié ; elle empêche simplement d’obtenir la sanction de l’irrégularité commise. Elle évite que la nullité soit prononcée. » (J.-F. LAFAT, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l’Administration*, préc., p. 513 §552).

¹²¹⁶ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc. À noter que la précision relative aux travaux publics n’a plus lieu d’être depuis la réforme de l’article R. 421-1 du Code de justice administrative par le décret n° 2016-1480 du 2 novembre 2016 portant modification du Code de justice administrative. Par ailleurs, les documents administratifs contractuels ne sont communicables que dans la limite du respect des secrets protégés par la loi, en matière de sûreté de l’État et de sécurité publique ou en matière industrielle et commerciale (secret des affaires). V. sur ce point : H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd. Dalloz, 2019, pp. 448-450.

¹²¹⁷ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

¹²¹⁸ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹²¹⁹ B. DACOSTA, Concl. sur CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, RFD A 2014 p. 425.

¹²²⁰ D. CASAS, « Un nouveau recours de pleine juridiction contre les contrats administratifs », concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, RFD A 2007 p. 696.

¹²²¹ *Ibid.*

¹²²² *Ibid.*

contentieux administratif¹²²³, il est devenu la règle dans le contentieux de la validité du contrat administratif réservé aux tiers. Par ailleurs, en tant que délai limité à deux mois, il est le résultat de la recherche d'un équilibre entre la défense des intérêts des requérants et la protection des situations juridiques nées d'un acte¹²²⁴. Cette durée peut donc s'appliquer à un recours dont l'objet est d'ouvrir l'accès des tiers au juge du contrat administratif afin de préserver la stabilité des relations contractuelles¹²²⁵. Le Conseil d'État aura donc joué un rôle actif dans la détermination de cette condition de recevabilité, afin de sécuriser la situation née du contrat administratif.

De prime abord, le délai de recours apparaît comme un élément objectif qui s'impose au juge du contrat. L'ignorance des éventuelles irrégularités entachant le contrat administratif résulte de l'écoulement du délai dont le terme oblige le juge à constater que la requête est désormais irrecevable, sans avoir à mobiliser sa capacité de décision. De ce point de vue, le traitement de l'irrégularité s'effectuerait en dehors de son office *stricto sensu*¹²²⁶, en amont de la mise en œuvre de ses pouvoirs. Pourtant, le juge du contrat s'est vu confier un rôle important dans l'appréciation du point de départ du délai de recours. Le délai de deux mois court en effet « 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 »¹²²⁷. Ainsi revient au juge du contrat la mission de déterminer l'existence de mesures de publicité *appropriées* et

¹²²³ « [Le] délai de deux mois est familier aux habitués du contentieux administratif, ce qui, s'agissant d'un recours aussi novateur, n'est pas la moindre de ses qualités. » (O. GUÉZOU, *Traité du contentieux de la commande publique*, préc., p. 163, n° 242).

¹²²⁴ « L'exigence est dictée par un impératif de sécurité juridique. À un moment donné, l'administration, le bénéficiaire de la décision et les administrés doivent pouvoir compter sur une certaine stabilité du droit. Cette considération milite en faveur d'un délai court, qui s'écoule sans entrave. Une autre préoccupation lui fait contrepoids, liée elle à la protection du droit d'action. Le requérant doit disposer d'un certain temps afin d'être en mesure d'apprécier véritablement la portée de la décision, de prendre connaissance des voies de droit et définir sa stratégie d'attaque. » (C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, 10^e éd., LGDJ, 2022-2023, p. 119, §135). « Le délai se caractérise immédiatement (sauf très rares exceptions) par sa brièveté, traduisant une exigence qui tient à la considération qu'il est d'intérêt général que le sort des décisions de la puissance publique soit fixé aussitôt que possible. » (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., Montchrestien, 2008, p. 611, n° 688).

¹²²⁵ « Ce délai présente l'avantage d'être un bon compromis entre une durée assez longue pour avoir le temps d'agir et assez courte pour tenir compte de l'impératif de sécurisation rapide du contrat. » (O. GUÉZOU, *Traité du contentieux de la commande publique*, 2^e éd., Le Moniteur, 2018, p. 163, n° 242).

¹²²⁶ Cette analyse repose sur une conception restrictive de l'office du juge, dont la définition se limite aux pouvoirs dont il dispose sans tenir compte, de manière plus générale, de son rôle au sein du contentieux.

¹²²⁷ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

donc le déclenchement du délai de deux mois de recours. L'emploi de l'adverbe « notamment » par le Conseil d'État témoigne de la non-exhaustivité de la liste des mesures de publicité susceptibles de déclencher le délai de recours¹²²⁸, autrement dit d'une volonté de laisser au juge une certaine marge de manœuvre en fonction du contrat administratif dont il aura à connaître.

Les mesures de publicité peuvent revêtir divers formes et supports, selon la nature et le montant du contrat administratif conclu, en particulier s'il est ou non soumis à une procédure de publicité : simple affichage, publication dans les journaux, dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) ou au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE), etc. La question se pose de savoir si les mesures réglementées, car obligatoires, sont suffisantes en soi. La jurisprudence administrative a fait preuve de divergence sur ce point. Une partie des juges du fond considéraient que l'avis d'attribution du contrat constitue en lui-même une mesure de publicité appropriée¹²²⁹, tandis qu'une autre exigeait en particulier qu'il contienne la date de la conclusion du contrat¹²³⁰.

Le Conseil d'État a finalement tranché le débat en affirmant que « la circonstance que l'avis ne mentionne pas la date de la conclusion du contrat est sans incidence sur le point de départ du délai contentieux qui court à compter de cette publication »¹²³¹. Par la même occasion, il a également souligné que les modalités de consultation du contrat en cause n'avaient pas besoin d'être détaillées pour faire courir le délai de recours. L'indication des coordonnées du service responsable de la procédure suffit. Dans cette espèce, en estimant que les avis d'attribution du marché « ne constituaient pas une mesure de publicité appropriée susceptible de faire courir le délai de recours contentieux, aux motifs que ces publications [...] ne mentionnaient que les coordonnées de la cellule de marchés [...],

¹²²⁸ Ce n'est pas la première fois que les juges administratifs du Palais-Royal utilisent cet adverbe afin de laisser une plus grande marge de manœuvre au juge du contrat. V. en ce sens : E. GLASER, « Béziers I, à propos d'un « notamment » », in *Mélanges Richer*, LGDJ, 2013, p. 641.

¹²²⁹ V. par ex. : CAA Paris, 14 mars 2017, *Société GEA*, n° 16PA00718 ; H. HOEPPFNER, *Contrats-Marchés publ.* Mai 2017 comm. 148.

¹²³⁰ V. par ex. : CAA Lyon, 30 janvier 2014, *SARL Marot*, n° 13LY00468 ; M. UBAUD-BERGERON, *Contrats-Marchés publ.* Avril 2014 comm. 122 ; CAA Marseille, 12 novembre 2018, *M. B. c/ SNCF Réseau*, n° 17MA02568 ; E. MULLER, *Contrats-Marchés publ.* Janvier 2019 comm. 26.

¹²³¹ CE, 3 juin 2020, *Centre hospitalier d'Avignon*, n° 428845 ; J. DIETENHOEFFER, *Contrats-Marchés publ.* Août 2020 comm. 243 ; S. HUL, *JCP A* n° 27 2020 p. 2194 ; M.-C. DE MONTECLER, *AJDA* 2020 p. 1146.

mention qui pourtant relevait des modalités de la consultation du contrat, la cour administrative d'appel de Marseille a commis une erreur de droit ».

On ne peut s'empêcher de relever que cette solution s'inscrit, comme presque toutes celles précisant l'application de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*¹²³², dans une logique de sécurisation des relations contractuelles. Il est vrai qu'elle peut sembler porter sur un point de détail face à l'abondance des décisions rendues en matière de recevabilité du recours des tiers contre le contrat administratif, en particulier celles concernant l'intérêt lésé. Pourtant le Conseil d'État a eu de longues années devant lui pour statuer sur le caractère approprié des mesures de publicités susceptibles de déclencher le délai de recours, réservé à l'époque aux concurrents évincés. Mais il a été largement démontré que sous l'empire de la jurisprudence *Tropic Travaux*¹²³³, le prétoire du juge du contrat était davantage ouvert aux tiers concernés. L'entière refonte du contentieux des tiers au contrat administratif s'est au contraire accompagnée d'une ferme volonté de restreindre l'accès au juge, en particulier pour les concurrents évincés¹²³⁴. Dans cette logique, le Conseil d'État a souhaité favoriser le déclenchement du délai de recours, de sorte à garantir la stabilité du contrat. Cette solution devrait à l'avenir inciter les juges du fond à apprécier de façon assez libérale le caractère approprié des mesures de publicité déclenchant le délai de recours. Le juge du contrat pourrait ainsi faire davantage usage de ce moyen d'ignorer l'illégalité éventuelle d'un contrat administratif, au profit de la sécurité juridique. Dans le cas contraire, il dispose encore d'outils plus efficaces, qu'il peut déployer avant même de statuer sur le fond de la requête.

B/ L'irrégularité ignorée en raison du requérant

La tendance de la jurisprudence du Conseil d'État relative au contentieux du contrat administratif est à la stabilisation des relations contractuelles par la fermeture du prétoire du juge au moyen d'une restriction des modalités d'accès relatives au requérant. Le recours des tiers contre le contrat administratif ne déroge pas à la règle. Qu'il s'agisse d'évaluer en

¹²³² CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹²³³ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

¹²³⁴ Cela explique sans doute que c'est à l'occasion de la contestation d'un contrat administratif par l'un d'entre eux que le Conseil d'État a décidé de faciliter le déclenchement du délai de recours.

amont les conditions de recevabilité de la requête, au premier rang desquelles figure l'intérêt à agir¹²³⁵ ou d'apprécier plus en aval l'invocabilité des moyens à l'appui, la situation du tiers-requérant s'inscrit comme l'élément central déterminant son accès au juge de la validité du contrat. La décision *Tarn-et-Garonne*¹²³⁶ limite en effet l'ouverture du recours contre le contrat administratif, sauf au préfet et aux élus locaux¹²³⁷, à tout tiers « susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par [la] passation [du contrat] ou de certaines de ses clauses »¹²³⁸ qui invoquerait « des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé [dont il se prévaut] »¹²³⁹. Le respect par le requérant des exigences ici posées garantit alors l'examen par le juge du bien-fondé de sa demande¹²⁴⁰.

Du point de vue de l'office du juge du contrat, les modalités d'ouverture du recours « Tarn-et-Garonne » sont des instruments protecteurs de la sécurité juridique. L'intérêt à agir et les moyens se comptent parmi les outils à sa disposition afin d'assurer la stabilité des relations contractuelles. Ils conduisent au besoin à ignorer l'irrégularité entachant le contrat administratif, à fermer le débat relatif à sa légalité avant même d'avoir envisagé de l'apprécier. Certes, le constat n'est pas nouveau. Traditionnellement, l'absence ou l'insuffisance d'intérêt à agir vaut effectivement « rejet avant examen »¹²⁴¹, lequel s'entend selon le Professeur Florian Poulet « du refus du juge de faire droit au recours qui lui est présenté, sans avoir cherché à se prononcer sur le point de savoir s'il est fondé au regard des données de droit et de fait du litige et, par suite, s'il mérite d'être accueilli »¹²⁴². Le juge a donc la main mise sur l'examen de la demande. D'ailleurs, l'intérêt à agir ne s'impose pas comme d'autres conditions de recevabilité dont le défaut conduit automatiquement à la

¹²³⁵ De manière générale, les règles de recevabilité relatives au requérant, à commencer par l'intérêt à agir, sont toujours présentées comme les premières conditions de recevabilité à prendre en compte. V. en ce sens. : C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, préc., pp. 86-99 ; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, pp. 467-508 ; B. SEILLER et M. GUYOMAR, *Contentieux administratif*, préc., pp. 329-333.

¹²³⁶ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹²³⁷ *Ibid.*

¹²³⁸ *Ibid.*

¹²³⁹ *Ibid.* Sont également invocables les vices « d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office » que nous excluons ici du champ de notre étude en raison de leur indépendance avec la situation du tiers-requérant.

¹²⁴⁰ À condition accessoirement, que le requérant réponde à l'ensemble des autres critères de recevabilité communément posés dans le contentieux administratif et qu'il soulève les moyens opérants et recevables à l'appui de ses conclusions.

¹²⁴¹ F. POULET, « Les rejets avant examen », *RFD* 2019 p. 676.

¹²⁴² *Ibid.*

fermeture du recours, telle que la compétence juridictionnelle¹²⁴³. Il ne fait guère de doute que la faculté d'ignorer à ce stade la présence éventuelle d'une irrégularité entachant un acte repose notamment sur des considérations de sécurité juridique¹²⁴⁴. C'est particulièrement le cas en ce qui concerne le contrat administratif. En ouvrant une voie de recours à l'ensemble des tiers, le Conseil d'État a donc doté le juge d'un outil adapté à la recherche de stabilité des relations contractuelles : l'intérêt lésé¹²⁴⁵. Son caractère subjectif offre en effet l'opportunité de restreindre davantage l'ouverture du recours « Tarn-et-Garonne ». La lésion suffisamment directe et certaine du tiers-requérant¹²⁴⁶ fait ainsi l'objet d'une appréciation circonstanciée du juge du contrat au regard des impératifs qui s'imposent. Et elle n'est pas le seul instrument dont il dispose.

Si la saisine du juge marque le temps de l'instance¹²⁴⁷, seule la recevabilité de la requête permet sa poursuite¹²⁴⁸. Pour autant, celle-ci ne garantit pas automatiquement l'examen du bien-fondé de la demande. Les arguments soulevés par le requérant font également l'objet d'un contrôle entraînant si nécessaire la mise à l'écart des irrégularités dénoncées. « Les notions de « moyen inopérant » et de « moyen irrecevable » sont des notions fonctionnelles. La jurisprudence administrative les a découvertes pour offrir au juge des motifs justifiant le rejet anticipé de l'argumentation du demandeur », souligne Stéphanie Douteaud¹²⁴⁹. Madame le Professeur Alix Perrin les qualifie ainsi de « techniques de neutralisation de la

¹²⁴³ Par exemple, la saisine du juge administratif à la place du juge judiciaire ne peut donner lieu à débat, contrairement à l'existence d'un intérêt à agir.

¹²⁴⁴ « Au-delà de l'objectif de bonne administration de la justice, d'autres motifs légitimes peuvent justifier les rejets avant examen : que l'on songe, par exemple, [...] au principe de sécurité juridique qui légitime le rejet avant examen des recours [...] exercés par des personnes ne justifiant pas d'un intérêt à agir suffisant. » (*Ibid.*).

¹²⁴⁵ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹²⁴⁶ *Ibid.*

¹²⁴⁷ « Dans la chronologie du procès, l'action correspond à un moment précis : celui où le requérant saisit le juge et lui demande de trancher le litige. Elle se concrétise alors en un acte : la requête, qui est le support de la demande et qui marque l'introduction de l'instance. » (C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, préc., n° 88, p. 83). « L'instance est le processus (le « procès ») qui, déclenché par la saisine du juge, se déroule, de façon plus ou moins simple et plus ou moins rapide, jusqu'à ce que soit rendu le jugement destiné à y mettre fin. » (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., n° 870).

¹²⁴⁸ Avant d'examiner au fond la demande, le juge commence par vérifier que le requérant ne s'est pas désisté, puis il apprécie sa compétence, territoriale et matérielle [...]. Ces questions réglées, il s'assure que le litige n'a pas perdu son objet (absence de non-lieu) pour enfin se pencher sur la recevabilité de la requête (règle dite du « DINI »). » (C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, préc.).

¹²⁴⁹ S. DOUTEAUD, « Pour une clarification de la distinction entre moyens inopérants et moyens irrecevables en contentieux administratif », *RFDA* 2016 p. 697.

demande »¹²⁵⁰. L'analyse de celles-ci nous enseigne les fondements sur lesquels le juge administratif peut choisir d'ignorer les irrégularités dénoncées, sans toutefois identifier la finalité d'une telle décision. À ce stade encore, le principe de sécurité juridique peut imposer une certaine « tolérance des illégalités »¹²⁵¹ autrement présentée comme une « neutralisation des vices »¹²⁵² limitant les cas d'annulation¹²⁵³. Le recours des tiers contre le contrat administratif n'échappe pas à ce processus. Quand bien même la demande d'un tiers – ordinaire¹²⁵⁴ – est recevable, tout particulièrement eu égard à l'intérêt lésé dont il se prévaut¹²⁵⁵, encore faut-il qu'il invoque des vices en rapport direct avec ce dernier¹²⁵⁶. L'appréciation de la validité du contrat administratif contesté n'a lieu qu'à la suite d'un test d'invocabilité des moyens soulevés¹²⁵⁷. Plus qu'une façon de « décourager les recours contre les contrats »¹²⁵⁸, la limitation des moyens invocables compte également parmi les « techniques juridictionnelles de neutralisation » [des irrégularités] »¹²⁵⁹ assurant ici la stabilité des relations contractuelles¹²⁶⁰.

Le Conseil d'État a ainsi confié au juge du contrat deux outils marqués du sceau de la stabilité des relations contractuelles, dont il peut aisément faire usage afin d'écarter les

¹²⁵⁰ A. PERRIN, « La prévention par la neutralisation de la demande », *JCP A* 2021 p. 2141.

¹²⁵¹ J.-C. ROTOULLIÉ, « Sécurité juridique et tolérance des illégalités », *AJDA* 2019 p. 1094.

¹²⁵² B. SEILLER, « Sécurité juridique et office du juge administratif », *RDP* n° 3 Mai 2016 p. 765. On regrette cependant que l'auteur n'illustre pas ses propos par la décision *Tarn-et-Garonne*.

¹²⁵³ *Ibid.*

¹²⁵⁴ Les tiers privilégiés (préfet et élus locaux) ont automatiquement intérêt à agir et peuvent se prévaloir de n'importe quel moyen.

¹²⁵⁵ L'intérêt à agir figure classiquement parmi les conditions de recevabilité d'un recours. V. notamment : R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., n° 563 et s. Il en va de même de l'intérêt lésé d'un tiers au contrat. V. : M. DE MONSEMBERNARD, « Contrats de la commande publique : contentieux de la validité », *Rép. cont. adm.*, n° 200-203.

¹²⁵⁶ « Considérant que le représentant de l'État dans le département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, peuvent invoquer tout moyen à l'appui du recours ainsi défini ; que les autres tiers ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office » (CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.).

¹²⁵⁷ *Ibid.*

¹²⁵⁸ J.-C. ROTOULLIÉ, « Sécurité juridique et tolérance des illégalités », préc.

¹²⁵⁹ A. FRANK, « Le justiciable et les politiques jurisprudentielles. Les irrégularités neutralisées », *RFDA* 2019 p. 785.

¹²⁶⁰ Une importante partie de la thèse de Stéphanie Douteaud est ainsi consacrée à l'étude de la stabilisation des contrats de l'administration par le juge administratif de la validité via la restriction de l'invocabilité des moyens : S. DOUTEAUD, *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, Thèse, LGDJ, 2022. S'agissant plus spécifiquement du recours des tiers contre le contrat administratif, v. en particulier : pp. 212-222.

éventuelles irrégularités entachant le contrat administratif, sans examiner la validité de ce dernier. Sous l'empire jurisprudence *Tropic Travaux*¹²⁶¹, l'intérêt à agir des tiers-requérants était admis en leur qualité de concurrents évincés¹²⁶² et leur octroyait ainsi la possibilité d'invoquer tout moyen à l'encontre du contrat administratif¹²⁶³, de sorte que les rejets avant examen se présentaient plus rarement. Tel n'est plus le cas, puisque désormais la sécurité juridique entourant le contrat administratif est renforcée dès le stade préalable à l'examen du bien-fondé de la demande d'un tiers. Aujourd'hui plus qu'avant, l'intérêt à agir – intérêt lésé de façon suffisamment directe et certaine¹²⁶⁴ – comme les moyens invocables – en rapport direct avec l'intérêt lésé¹²⁶⁵ – s'intègrent à la palette de pouvoirs à disposition du juge de plein contentieux afin d'évacuer ou de traiter¹²⁶⁶ les irrégularités entachant le contrat administratif.

À l'évidence, l'analyse ci-dessus développée ne peut susciter notre totale adhésion dès lors que nous avons proposé de reconfigurer l'intérêt à agir des tiers-requérants ainsi que les moyens qu'ils peuvent soulever, dans le sens d'une plus grande facilité d'accès au prétoire du juge du contrat. Il semblerait en effet paradoxal de vanter les mérites de ces techniques procédurales au service de la stabilité des relations contractuelles tout en envisageant de les remettre en cause. Au contraire, peut-on craindre qu'une nouvelle menace pour la sécurité juridique du contrat se présente. Deux éléments nous paraissent cependant pouvoir relativiser cette inquiétude. D'une part, l'intérêt à agir et les moyens invocables sont des outils qui peuvent être utilisés différemment par le juge, afin de reconfigurer l'accès à son prétoire, sans pour autant perdre l'ensemble de leurs vertus stabilisatrices. Même appréciées plus largement, les conditions d'ouverture du recours de tiers contre le contrat administratif auront toujours pour objectif de préserver *a minima* la sécurité juridique du contrat et pour effet d'écarter du débat d'éventuelles irrégularités. D'autre part, le juge de plein contentieux dispose de nombreux autres instruments pour atteindre l'objectif de stabilité des relations

¹²⁶¹ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

¹²⁶² *Ibid.* ; CE Avis, 11 avril 2012, *Société Gouelle*, concl. N. BOULOUIS, *BJCP* 2012 p. 387 ; O. AGNUS, *AJDA* 2013 p. 1268 ; S. BRACONNIER, *RDI* 2012 p. 398 ; P. CASSIA, *AJDA* 2012 p. 1109 ; S. HUL, *AJCT* 2012 p. 435.

¹²⁶³ *Ibid.*

¹²⁶⁴ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹²⁶⁵ *Ibid.*

¹²⁶⁶ Nous distinguons ici l'ignorance des irrégularités avec leur traitement, lequel suppose leur reconnaissance.

contractuelles. Or les techniques de sécurisation du contrat administratif sont plus acceptables et légitimes lorsqu'elles ne conduisent pas à camoufler les vices dénoncés par les tiers-requérants.

§2. LA RECONNAISSANCE D'UNE IRRÉGULARITÉ

L'admission de la recevabilité du recours d'un tiers contre un contrat administratif est synonyme de reconnaissance de l'existence d'une irrégularité. À partir du moment où l'intérêt lésé s'apprécie au regard des moyens et donc des irrégularités invoquées, il y a très peu de chance qu'il soit admis en l'absence de vice entachant le contrat administratif. La reconnaissance de l'irrégularité n'est toutefois pas un danger pour la stabilité. Au contraire, elle permet au juge de tirer les conséquences qu'elle emporte sur la légalité du contrat. L'impact d'une irrégularité s'apprécie cependant à travers le prisme de la sécurité juridique. Dès lors, le juge de plein contentieux peut protéger la situation née du contrat, soit en relativisant la portée de l'irrégularité constatée (**A**), soit en procédant à son effacement (**B**).

A/ La relativisation de l'irrégularité

En dehors de l'hypothèse où l'existence d'une irrégularité n'est finalement pas avérée, ce qui est peu probable pour les raisons évoquées ci-dessus, il est possible que le contrat administratif soit maintenu sans condition dans l'ordonnement juridique. Alors même qu'une irrégularité aurait été constatée, le juge de plein contentieux détient le pouvoir symbolique d'ordonner la poursuite de l'exécution du contrat. Ici la reconnaissance de l'irrégularité est alors suivie de la tempérance de ses effets sur le contrat administratif. Certes le vice est constaté, mais soit le juge considère qu'il relève davantage d'une imperfection, de telle sorte qu'il n'affecte pas la validité du contrat ; soit il estime que d'autres considérations l'emportent sur sa gravité et estompent ainsi ses effets. Cette faculté peut ainsi s'envisager comme un « remède » conduisant à « l'inefficacité juridique de la seule irrégularité du

contrat »¹²⁶⁷, tel que présenté par le Professeur Pierre Bourdon¹²⁶⁸ ou comme un processus de « neutralisation du vice par la suppression des effets de l'imperfection de l'acte »¹²⁶⁹.

La poursuite de l'exécution du contrat n'était pas la première option présentée par le Conseil d'État dans l'un des considérants de principe de l'arrêt *Tropic Travaux*¹²⁷⁰. Il y était en effet indiqué au juge du contrat « après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise »¹²⁷¹, d'envisager d'abord « de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses »¹²⁷². Le Conseil d'État avait en cela suivi la proposition du rapporteur public Didier Casas¹²⁷³. Quoiqu'il en soit, l'objectif affiché ici était que le « juge de plein contentieux puisse faire autre chose que, simplement, décider la résiliation voire la résolution du contrat [de sorte] qu'il soit un instrument efficace permettant aux tiers de contester la validité du contrat pour faire valoir leurs droits, tout en garantissant du mieux possible les droits des parties »¹²⁷⁴.

Deux ans plus tard, le temps de la réflexion sur l'office du juge du contrat dans le cadre d'un recours opposant les parties fut l'occasion de le perfectionner, en y invitant la notion de stabilité des relations contractuelles¹²⁷⁵. Depuis, lorsqu'il est saisi d'une demande directe d'annulation du contrat par un cocontractant¹²⁷⁶, il revient au juge de plein contentieux, « après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de

¹²⁶⁷ P. BOURDON, « Le contentieux du contrat administratif illégal après la décision Tarn-et-Garonne », *JCP G* Juin 2014 doctr. 732.

¹²⁶⁸ L'auteur ne considère cependant pas la poursuite de l'exécution du contrat administratif comme un remède à son irrégularité. « Il s'agit ici de la situation où un remède a déjà été administré par les parties au contrat. On peut aussi imaginer l'hypothèse où un tiers se contenterait du seul constat de l'irrégularité du contrat et ne réclamerait aucun remède » (*ibid.*). Il distingue, au sein des remèdes conduisant à l'inefficacité juridique de l'irrégularité du contrat, les remèdes relatifs à disposition des parties au contrat (confirmation et validation) et les remèdes absolus à disposition des parties, des tiers et du juge (réparation et indemnisation). V. sur ce point : P. BOURDON, *Le contrat administratif illégal*, Thèse, Dalloz, 2014, pp. 529-599.

¹²⁶⁹ S. DOUTEAUD, *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, préc., pp. 309-404.

¹²⁷⁰ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

¹²⁷¹ *Ibid.*

¹²⁷² *Ibid.*

¹²⁷³ « Ce juge [du contrat administratif] devrait donc pouvoir tout aussi bien prononcer la résiliation du contrat, modifier certaines de ses clauses, décider de la poursuite de son exécution [...] » (D. CASAS, Concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.).

¹²⁷⁴ *Ibid.*

¹²⁷⁵ La stabilité du contrat administratif avait été évoquée dans les conclusions du rapporteur public, mais n'était pas expressément mentionnée dans l'arrêt *Tropic*. V. : *ibid.*

¹²⁷⁶ Les parties au contrat administratif peuvent saisir le juge d'une demande d'annulation par voie d'action ou par voie d'exception. Dans le premier cas, il s'agit d'une demande directe. Dans le second, il s'agit d'une demande à l'occasion d'un litige opposant les parties.

l'objectif de stabilité des relations contractuelles, [notamment] de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible »¹²⁷⁷. La lettre de la jurisprudence *Béziers I*¹²⁷⁸ témoigne d'une volonté d'ériger le maintien de l'exécution du contrat au rang de priorité, comme la première option à envisager par le juge du contrat¹²⁷⁹. Dans cet arrêt plus que dans celui de 2007, la tâche principale du Conseil d'État était consacrée au remaniement de l'office du juge de plein contentieux, afin de permettre une modulation des effets d'une irrégularité entachant le contrat administratif à la suite de la saisine des parties. L'état de la jurisprudence antérieure ne lui offrait pas d'autre option que celle de constater la nullité du contrat, dès lors qu'il était affecté d'un vice, aussi infime soit-il¹²⁸⁰. Suivi par ses collègues du Conseil d'État, le rapporteur Emmanuel Glaser proposait alors, dans le cadre d'une action en annulation¹²⁸¹, de « reconnaître [au juge du contrat] une large étendue de pouvoirs qui fassent de lui un vrai juge de plein contentieux et pas seulement un juge qui, comme celui de l'excès de pouvoir, est enfermé dans un choix binaire, annulation ou rejet, avec, en outre, la contrainte que toutes les irrégularités conduisent à l'annulation »¹²⁸².

Le revirement de jurisprudence – certes partiel – opéré par l'arrêt *Tropic*¹²⁸³ s'était en revanche justifié au regard d'autres séries de considérations. Outre la pression exercée par

¹²⁷⁷ CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, *Lebon* p. 509 ; concl. E. GLASER, *ibid.*, *BJCP* 2010 p. 138 et *RFDA* 2010 p. 506 ; O. DIDRICHE, *AJCT* 2010 p.114 ; J. GOURDOU et P. TERNEYRE, *RJEP* Juin 2010 p.19 ; A. LALLET et X. DOMINO, *AJDA* 2011 p. 665 ; S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, *AJDA* 2010 p. 142 ; F. LINDITCH, *JCP A.* 2010 p. 2072 ; R. NOGUELLOU, *RDI* 2010 p. 265 ; H. PAULIAT, *RDP* 2010 p. 553 ; D. POUYAUD, *RFDA* 2010 p. 519 ; P. REES, *Contrats-Marchés publ.*, Mars 2010 p. 38 ; B. SEILLER, *Garç. Pal.* 16 mars 2010 p. 13.

¹²⁷⁸ *Ibid.*

¹²⁷⁹ « Le juge du contrat doit [...] peser cette irrégularité pour décider du sort à réserver au contrat, en conservant comme principe que ce contrat est le cadre normal des relations entre les parties et qu'il doit, dans la mesure du possible, être maintenu. » (E. GLASER, Concl. sur CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, *Lebon* p. 509 ; *BJCP* 2010 p. 138 ; *RFDA* 2010 p. 506).

¹²⁸⁰ « Quel est donc l'office de ce juge lorsqu'il se trouve mis en présence d'une irrégularité entachant le contrat ? En l'état actuel de la jurisprudence, il est, pour l'essentiel, tenu de constater, par voie d'action comme par voie d'exception, la nullité du contrat. » (*Ibid.*). V. notamment à propos d'un défaut de transmission au contrôle de légalité de la délibération autorisant l'exécutif à signer le contrat administratif, entraînant la nullité de ce dernier : CE Avis, 10 juin 1996, *Préfet de la Côte d'Or*, *Lebon* p. 198 ; F.-P. BÉNOIT, *Dalloz* p. 1997 p. 45 ; E. COLSON, *Contrats Marchés publ.* Avril 2004 p. 4 ; J.-C. DOUENCE, *RFDA* 1997 p. 83 ; F. LLORENS et P. TERNEYRE, *RDI* 1996 p. 562 ; M.-C. ROUAULT, *JCP G* n° 40 p. 1967 ; P. TERNEYRE, *Dalloz* 1997 p. 113 ; N. VAN TUONG, *Dalloz* 1996 p. 269.

¹²⁸¹ L'action en annulation renvoie à la contestation du contrat administratif par voie d'action, dont la comparaison est permise avec le recours des tiers. Ce n'est évidemment pas le cas du contentieux de l'exécution opposant les parties.

¹²⁸² E. GLASER, Concl. sur CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

¹²⁸³ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

les « évolutions [à ce moment] en cours du droit communautaire »¹²⁸⁴, le basculement d'une sorte de recours indirect des tiers contre le contrat administratif vers un recours direct de pleine juridiction a été largement motivé par « la complexité [et] l'incohérence des mécanismes contentieux »¹²⁸⁵ alors en place et par « une forme d'épuisement de la théorie des actes détachables »¹²⁸⁶, en raison de l'insécurité juridique qu'elle provoquait¹²⁸⁷. Si l'enrichissement de l'office du juge du contrat s'est révélé indispensable à la réalisation de ces objectifs, il n'a pas fait l'objet, dans les conclusions du rapporteur, d'une attention aussi particulière qu'à l'occasion de l'affaire *Commune de Béziers* de 2009¹²⁸⁸. Pour cause : elle ne posait pas la question du remplacement d'une voie de recours par une autre¹²⁸⁹, mais de la rénovation d'un recours déjà existant et d'un changement de paradigme relatif au traitement des irrégularités¹²⁹⁰. C'est en tout cas sur la base de ces deux grandes décisions, rendues pour la sécurité juridique et de la stabilité des relations contractuelles, que le Conseil d'État a peaufiné l'office du juge du contrat dans sa jurisprudence *Tarn-et-Garonne*¹²⁹¹. Tout comme dans la décision *Béziers I*¹²⁹², il y affirme en premier lieu qu'il lui appartient « lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences ; qu'ainsi, il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, [...] de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible »¹²⁹³.

¹²⁸⁴ D. CASAS, Concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

¹²⁸⁵ *Ibid.*

¹²⁸⁶ *Ibid.*

¹²⁸⁷ « Ce qui est en cause, vous le voyez, c'est l'insécurité juridique des contrats. Or l'insécurité juridique coûte et elle coûte cher. Elle est mauvaise pour la vie des affaires et elle pèse sur les finances publiques, car les cocontractants de l'administration la lui font payer. » (*Ibid.*).

¹²⁸⁸ CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

¹²⁸⁹ Aussi peut-on parler d'ouverture d'un recours, celui de plein contentieux.

¹²⁹⁰ Le rapporteur public Bertrand Dacosta reconnaîtra lui-même plus tard « [qu']avant l'arrêt *Béziers I* [...], lorsqu'un contrat tombe entre les mains d'un juge du contrat administratif, toute irrégularité est de nature à conduire à son illégalité, au « constat de sa nullité », comme on disait à l'époque, et de surcroît toute irrégularité ou presque est d'ordre public. » (B. DACOSTA, « Table ronde – À propos de l'arrêt CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne* », RDP 2014 n°5 p. 1148).

¹²⁹¹ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc. Ainsi nous étudierons dans les pages suivantes l'ensemble des modifications apportées à l'office du juge du contrat et aux moyens de traitement des irrégularités entachant le contrat administratif.

¹²⁹² CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

¹²⁹³ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

Le « pouvoir de ne rien faire »¹²⁹⁴ ou plus précisément « la faculté de décider de la poursuite de l'exécution d'un contrat illégal »¹²⁹⁵ est mobilisée dans plusieurs hypothèses¹²⁹⁶ dont nous pouvons dégager deux catégories¹²⁹⁷. En premier lieu, le juge de plein contentieux doit ordonner la poursuite de l'exécution du contrat lorsqu'il est dans l'impossibilité matérielle de choisir une autre option. Il s'agit en réalité d'une utilisation par défaut de ce pouvoir. Il en va ainsi lorsque le contrat en cause a été entièrement exécuté sans que l'irrégularité qui l'entache justifie son annulation. Dès lors, toute solution alternative, davantage adaptée à la nature du vice constaté, sera à la fois sans intérêt et matériellement impossible, qu'il s'agisse de la résiliation¹²⁹⁸ voire de la régularisation. L'irrégularité est ici relativisée par la force des choses, car elle est dépourvue d'effet.

Au-delà de ce cas de figure, la poursuite de l'exécution du contrat est parfois la seule issue possible au litige lorsque l'intérêt général s'oppose à la disparition du contrat. Le juge doit en effet, « en présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat »¹²⁹⁹ prononcer la résiliation ou l'annulation du contrat administratif « après avoir vérifié que sa décision ne portera par une atteinte excessive à l'intérêt général »¹³⁰⁰. Il n'est donc pas exclu que le juge du contrat administratif soit contraint de maintenir l'exécution du contrat, au nom de l'intérêt général, alors même que l'irrégularité l'entachant aurait en principe imposé sa disparition. La relativisation du vice entachant le contrat administratif résulte de la confrontation de sa gravité avec un motif d'intérêt général.

¹²⁹⁴ S. BRACONNIER et F. BRENET, « Le contentieux des contrats publics d'affaires (2^e partie) – Le nouveau recours en contestation de la validité du contrat administratif « à procédure » », *Contrats-Marchés publ.* Décembre 2007 prat. 8.

¹²⁹⁵ J. ANDREANI, « Le « pouvoir de ne rien faire » ou la faculté de décider de l'exécution d'un contrat illégal », *Contrats-Marchés publ.* Octobre 2012 comm. 294.

¹²⁹⁶ V. sur ce point : M. DE MONSEMBERNARD, « Contrats de la commande publique : contentieux de la validité », *Rép. cont. adm.*, n° 338-342.

¹²⁹⁷ V. dans le sens d'une autre classification, plus détaillée : *ibid.*

¹²⁹⁸ V. par ex. dans le cadre du recours d'un concurrent évincé : CAA Paris, 23 mai 2016, *Société ACS Production*, n° 15PA02272 ; H. HOEPFFNER, *Contrats-Marchés publ.* Juillet 2016 comm. 174. V. également à propos des conséquences à tirer de l'annulation d'un acte détachable : CAA Marseille, 6 avril 2016, *Société Corsica Ferries*, n° 12MA02987, G. ECKERT, *Contrats-Marchés publ.* Juin 2016, comm. 160.

¹²⁹⁹ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹³⁰⁰ *Ibid.*

Il convient de préciser à ce propos que l'impossibilité de régulariser une irrégularité ne signifie pas que celle-ci fait obstacle à la poursuite de l'exécution du contrat¹³⁰¹. Le caractère non régularisable d'un vice n'est pas synonyme de sanction entraînant la disparition du contrat. Le Conseil d'État a ainsi eu l'occasion de préciser, après avoir affirmé qu'il n'était pas régularisable¹³⁰², que « le vice entachant la procédure de passation du contrat et consistant à retenir une société dont la candidature ou l'offre aurait dû être écartée comme incomplète ne s'oppose pas nécessairement à la poursuite de l'exécution du contrat conclu avec cette société. Il incombe au juge saisi d'une contestation de la validité du contrat, au regard de l'importance et les conséquences du vice, d'apprécier les suites qu'il doit lui donner »¹³⁰³. Cet exemple illustre parfaitement l'autre série d'hypothèses au sein de laquelle le juge peut prononcer la poursuite de l'exécution du contrat administratif.

En second lieu en effet, l'usage du « pouvoir de ne rien faire »¹³⁰⁴ relève d'une prise de décision au regard de l'irrégularité entachant le contrat. Pour reprendre partiellement la distinction opérée par Marc de Monsebernard¹³⁰⁵, il dépendrait alors soit de la nature même du vice, soit de ses conséquences en l'espèce¹³⁰⁶. La solution dégagée par jurisprudence *Danthony* de 2011¹³⁰⁷ fournit en partie les éléments constitutifs d'un vice sans incidence sur la légalité d'un acte. Bien que rendue dans le cadre d'un excès de pouvoir, le Conseil d'État précise notamment dans cette décision que les vices de procédure ne sont

¹³⁰¹ C'est la raison pour laquelle le Conseil d'État justifie la résiliation ou l'annulation du contrat administratif « en présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat » (*ibid.*).

¹³⁰² « Le fait, pour la personne publique, d'avoir conclu le contrat avec une personne dont la candidature aurait dû être écartée comme incomplète constitue un vice entachant la validité du contrat, qui n'était pas susceptible d'être régularisé devant le juge. » (CE, 28 Mars 2022, *Commune de Ramatuelle et Société Tropezina Beach Development*, n° 454341 ; E. MAUPIN, *AJDA* 2022 p. 657).

¹³⁰³ *Ibid.*

¹³⁰⁴ S. BRACONNIER et F. BRENET, « Le contentieux des contrats publics d'affaires (2^e partie) – Le nouveau recours en contestation de la validité du contrat administratif « à procédure » », préc.

¹³⁰⁵ M. DE MONSEMBERNARD, « Contrats de la commande publique : contentieux de la validité », préc., n° 339-342.

¹³⁰⁶ Étant entendu que la nature du vice conditionne bien souvent son importance et ses conséquences.

¹³⁰⁷ CE Ass., 23 décembre 2011, *Danthony et autres, Lebon* p. 649 ; concl. G. DUMORTIER, *RFDA* 2012 p. 284 ; C. BROYELLE, *JCP A* 2012 p. 2089 ; P. CASSIA, *RFDA* 2012 p. 296 ; D. CONNIL, *JCP G* 2012 p. 558 ; X. DOMINO et A. BRETONNEAU, *AJDA* 2012 p. 195 ; R. HOSTIOU, *RFDA* 2012 p. 423 ; F. MELLERAY, *DA* 2012 comm. 22 ; C. MIALOT, *AJDA* 2012 p. 1484 ; B. SEILLER, *ibid.* p. 1609.

de nature à affecter la légalité d'un acte que s'ils ont été susceptibles d'exercer une influence sur le sens de la décision prise ou s'ils ont privé les intéressés d'une garantie¹³⁰⁸.

Aussi peut-on en déduire que ne figurent pas parmi les irrégularités d'une nature à permettre la poursuite de l'exécution du contrat, celles justifiant l'annulation du contrat : irrégularités entachant le contenu du contrat, vice de consentement ou vice d'une particulière gravité que le juge devrait relever d'office¹³⁰⁹. Les irrégularités dont la nature ne fait pas obstacle à l'exécution du contrat recouvrent quant à elles des hypothèses variées, dont les premières manifestations remontent au contentieux des actes détachables¹³¹⁰. Depuis, il a par exemple été jugé dans le cadre d'un recours « Tarn-et-Garonne » que l'erreur commise dans l'avis d'attribution sur le montant du marché est par elle-même sans incidence sur la validité du contrat¹³¹¹. L'avis d'attribution est en effet une simple mesure d'information des tiers qui n'emporte pas création de droits et obligations, d'où l'absence d'impact sur le contrat d'une irrégularité entachant cet avis. D'autres irrégularités ne constitueraient pas d'obstacles à la poursuite de l'exécution du contrat administratif selon les circonstances de l'espèce, en particulier dans le contentieux des concurrents évincés¹³¹². Les illustrations ne manquent pas dans le cadre d'un recours « Tropic ». Ainsi par exemple, est constitutif d'un vice le fait de ne pas avoir porté à la connaissance des candidats des sous-critères qui « eu égard à leur nature et à l'importance de leur pondération, étaient susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les concurrents et sur

¹³⁰⁸ « Si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie ; que l'application de ce principe n'est pas exclue en cas d'omission d'une procédure obligatoire, à condition qu'une telle omission n'ait pas pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte » (*ibid.*).

¹³⁰⁹ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹³¹⁰ M. DE MONSEMBERNARD, « Contrats de la commande publique : contentieux de la validité », préc., n° 340-341.

¹³¹¹ « La circonstance que l'avis d'attribution du marché contesté indique un montant notablement supérieur est par elle-même sans incidence sur la validité du marché, en l'absence de tout élément propre à démontrer un défaut de sincérité de cet acte d'engagement ou des conditions dans lesquelles le prix dudit marché a été déterminé. » (CAA Marseille, 26 novembre 2018, *Société Isteep et Société Luberon TP*, n°s 17MA04369 et 17M 104448 ; E. MULLER, *Contrats-Marchés publ.* 2019, comm. 45).

¹³¹² « Une irrégularité peut également ne pas faire obstacle au maintien du contrat compte tenu de l'appréciation *in concreto* de son absence d'impact sur le choix de l'attributaire [...]. » (M. DE MONSEMBERNARD, « Contrats de la commande publique : contentieux de la validité », préc., n° 339).

leur sélection »¹³¹³. Mais dès lors « [qu']il ne résulte pas de l'instruction que ce vice, qui ne peut pas être couvert par une mesure de régularisation, ait pu avoir, en l'espèce, une influence sur le choix de l'attributaire ou sur les conditions dans lesquelles la société [évincée] a élaboré son offre [...] il y a lieu de décider que la poursuite de l'exécution du contrat en litige est possible »¹³¹⁴. De manière générale, en l'absence d'incidence sur le classement des offres et le choix du candidat retenu, l'irrégularité constatée n'affecte pas la légalité du contrat administratif¹³¹⁵. Ces solutions sont évidemment transposables dans le cadre d'un recours « Tarn-et-Garonne », sous réserve de remplir les conditions d'accès au juge du contrat.

Tous les vices ne permettent cependant pas la poursuite inconditionnelle de l'exécution du contrat administratif. Certains d'entre eux emportent des conséquences sur sa validité. Mais ils n'entraînent pas tous *de facto* sa disparition. Le maintien de l'exécution du contrat est en effet possible sous l'impulsion du juge.

B/ La neutralisation de l'irrégularité

Poursuivant une logique de gradation des irrégularités, le Conseil d'État a ainsi mis en exergue une catégorie de vices dont le niveau de gravité pourrait s'estimer intermédiaire : ceux ne permettant pas la poursuite de l'exécution du contrat administratif en l'état, car ils impactent sa validité, sans toutefois justifier sa disparition. Dès la jurisprudence *Tropic*¹³¹⁶ en effet, le juge du contrat s'est vu octroyer le pouvoir de « décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation »¹³¹⁷. D'abord réservées à « la collectivité contractante »¹³¹⁸, il a été admis que de telles mesures soient « prises par la personne publique ou convenues entre les parties »¹³¹⁹. On aurait pu penser qu'une régularisation conjointe ne serait envisageable que dans le cadre d'un litige opposant les

¹³¹³ CAA Lyon, 17 mars 2016, *Société MBH Samu*, n° 15LY01116.

¹³¹⁴ *Ibid.*

¹³¹⁵ CAA Bordeaux, 12 décembre 2018, *Société DATEX Martinique*, n°s 16BX02845, 16BX02846, 16BX03196 et 16BX03197 ; W. ZIMMER, *Contrats-Marchés publ.* Février 2019 comm. 52 ; CAA Marseille, 11 février 2019, *Société Groupe Alter-Services*, n° 18MA01864 ; E. MULLER, *Contrats-Marchés publ.* Avril 2019 comm. 119.

¹³¹⁶ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

¹³¹⁷ *Ibid.*

¹³¹⁸ *Ibid.*

¹³¹⁹ CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

parties au contrat, dans la mesure où c'est à l'occasion de l'arrêt dit *Béziers I*¹³²⁰ que cette précision a été apportée. La solution a néanmoins été adoptée en des termes identiques lors de la refonte de l'office du juge de l'exécution *saisi par un tiers* à la suite de l'annulation d'un acte détachable du contrat administratif¹³²¹.

L'hypothèse se retrouve encore dans le cadre du recours direct des tiers puisque la décision *Tarn-et-Garonne*¹³²² précise que le juge du contrat peut « inviter les parties à prendre des mesures de régularisation »¹³²³. Certes, les cocontractants sont appréhendés par cette formule nouvelle comme un ensemble, ce qui sous-entendrait que la régularisation devrait être convenue entre les parties. Il ne fait pourtant guère de doute qu'une mesure de régularisation pourrait être prise unilatéralement par la personne publique à l'origine de l'irrégularité – qui peut le plus peut le moins – au risque d'exclure du processus des vices autrefois régularisables. Force est de reconnaître qu'une telle posture serait contraire à la tendance à la préservation de la stabilité des relations contractuelles. Il faut par ailleurs se satisfaire du maintien de la possibilité pour les parties de procéder à une régularisation conventionnelle. Cette faculté a en effet pour conséquence d'accroître le nombre de vices régularisables, en incluant ceux dont l'effacement exige une nouvelle rencontre de volontés, c'est-à-dire ceux qui affectent le contenu du contrat¹³²⁴. En outre, l'invitation du juge à régulariser le contrat administratif peut inclure la régularisation unilatérale du cocontractant de l'administration¹³²⁵. Il ne faut cependant pas donner à cet extrait de considérant de principe davantage de portée qu'il n'en a réellement. On recensait déjà des cas d'invitation à la régularisation conventionnelle – certes par le juge de l'excès de pouvoir ou de

¹³²⁰ *Ibid.*

¹³²¹ « [II] appartient au juge de l'exécution, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, [...] de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties » (CE, 21 février 2011, *Société Ophrys, Lebon* p. 54 ; concl. B. DACOSTA, *BJCP* 2011 p. 133 ; F. BRENET, *DA* 2011 comm. 47 ; M.-C. DE MONTECLER, *AJDA* 2011. 356 ; R. NOGUELLOU, *RDI* 2011 p. 277 ; J.-P. PIÉTRI, *Contrats-Marchés publ.* 2011 comm. 123 ; F. SCANVIC, *AJCT* 2011 p. 419).

¹³²² CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹³²³ *Ibid.*

¹³²⁴ « Lorsque l'irrégularité du contrat n'affecte pas la signature d'un des cocontractants en particulier, mais le contrat lui-même, les parties peuvent adopter ensemble un acte de régularisation plurilatéral. » (W. GREMAUD, *La régularisation en droit administratif*, Thèse, Dalloz, 2021, p. 341, n° 539). « [L]orsqu'il s'agit de modifier le contenu du contrat, il faut très certainement y procéder de façon conventionnelle. » (J.-F. LAFAIX, « La régularisation en matière contractuelle », *Contrats-Marchés publ.* 2017, ét. 9, n° 68).

¹³²⁵ W. GREMAUD, *La régularisation en droit administratif*, préc., pp. 340-341.

l'exécution – sous l'empire de la jurisprudence précédant la décision *Tarn-et-Garonne*¹³²⁶, voire parfois *Ophrys*¹³²⁷. Ainsi par exemple à l'occasion de l'affaire *Ville de Grenoble* de 2009¹³²⁸, après avoir notamment prononcé l'annulation d'une délibération ayant autorisé un maire à signer un avenant dont les clauses étaient illégales au regard des règles relatives au calcul des redevances pour service rendu, le Conseil d'État a proposé « que les parties aux stipulations contractuelles modifient d'un commun accord [...] les stipulations [litigieuses] »¹³²⁹. Dans une autre décision *Communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole* de 2016¹³³⁰, il a cette fois prononcé l'annulation d'une délibération approuvant un contrat de délégation de service public « sans préjudice de la possibilité pour les parties de décider de régulariser le contrat en mettant en conformité les stipulations de la convention [...] avec les dispositions du code général de la propriété des personnes publiques aujourd'hui applicables »¹³³¹. De la même manière enfin, dans un arrêt *Ville de Paris* de 2017¹³³², l'annulation de la délibération d'un bail emphytéotique administratif culturel a été décidée « sans préjudice de la possibilité pour les parties de régulariser le bail en y insérant une clause résolutoire garantissant l'affectation du lieu à une association culturelle satisfaisant aux prescriptions [...] de la loi du 9 décembre 1905 afin de répondre aux exigences [...] du code général des collectivités territoriales »¹³³³.

Bien que le pouvoir de soumettre la poursuite de l'exécution du contrat administratif à la condition d'une régularisation – unilatérale ou consensuelle – n'ait pas été découvert par

¹³²⁶ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹³²⁷ CE, 21 février 2011, *Société Ophrys*, préc.

¹³²⁸ CE, 31 juillet 2009, *Ville de Grenoble*, n° 296964 ; G. ECKERT, *Contrats-Marchés publ.* 2009 comm. 331.

¹³²⁹ « Considérant que, compte tenu de la portée des annulations contentieuses prononcées ci-dessus par la présente décision, celle-ci implique nécessairement, au sens des dispositions précitées de l'article L. 911-1 du code de justice administrative, soit que les parties aux stipulations contractuelles modifient d'un commun accord, dans le sens de la présente décision, d'ici au 1er mars 2010, les stipulations consistant à inclure dans le tarif prélevé sur les usagers de l'électricité et du gaz de la ville de Grenoble les charges étrangères au service, soit que la Ville de Grenoble résilie, à compter de cette date, l'avenant n° 3 et ses annexes » (*ibid.*).

¹³³⁰ CE, 11 mai 2016, *Communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole*, *Lebon* p. 162 ; M. BOUL, *JCP A* 2016 act. 429 ; P. DEVILLERS, *Contrats-Marchés publ.* Juillet 2016 comm. 184 ; L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, *AJDA* 2016 p. 1173 ; E. FATÔME et J.-F. LAFAIX, *AJDA* 2017 p. 611 ; N. FOULQUIER, *RDI* 2016 p. 549 ; J.F. GIACUZZO, *Constitutions* 2016 p. 429 ; J.-M. PASTOR, *AJDA* 2016 p. 92.

¹³³¹ *Ibid.*

¹³³² CE Sect., 10 février 2017, *Ville de Paris*, n° 395433 ; concl. O. HENRARD, *AJDA* 2017 p. 684 ; O. DIDRICHE, *AJCT* 2017 p. 346 ; N. FOULQUIER, *RDI* 2017 p. 298 ; H. PAULIAT, *JCP A* 2017 p. 2114 ; M. UBAUD-BERGERON, *Contrats-Marchés publ.* Avril 2017 comm. 102 ; F. TESSON, *JCP A* 2017 act. 126.

¹³³³ *Ibid.*

le Conseil d'État lors de l'affaire *Tarn-et-Garonne*¹³³⁴, on peut cependant se réjouir de son maintien au sein de l'office du juge de plein contentieux. La régularisation consiste en effet « [dans] un sens générique, [à] rendre un acte ou une situation conforme à la règle [...]. Plus spécifiquement, [à] purger un acte ou une situation du vice formel qui l'entache en réparant celui-ci par une initiative positive qui consiste en la suppression de l'imperfection qui l'affecte, ou en l'accomplissement de la formalité adéquate [...] »¹³³⁵. Dans le cas du contrat administratif, il s'agit donc d'effacer l'irrégularité dont il est entaché¹³³⁶ afin de maintenir son existence et ainsi préserver la situation juridique qu'il a créée. Pour reprendre les propos du Professeur Jean-François Lafaix, « [l']objectif de stabilité des relations contractuelles justifie, d'un point de vue de politique publique, de préférer la consolidation d'un acte initialement irrégulier, sous condition de mise en conformité, à sa disparition. L'intérêt d'une telle opération est de protéger l'acte d'une remise en cause. L'acte régularisé est alors pleinement efficace, car la fragilité qui l'affectait a désormais disparu »¹³³⁷.

La recherche de la préservation du contrat administratif est encore renforcée par l'examen d'office d'une possible régularisation lorsqu'il est illégal¹³³⁸. La régularisation se présenterait ainsi comme la solution privilégiée en présence d'une irrégularité substantielle, c'est-à-dire face à un vice impactant la légalité du contrat. Dans un souci de respect de la liberté contractuelle, le juge du contrat administratif doit cependant « inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat »¹³³⁹. Dès lors que la contestation du contrat administratif est initiée par un tiers, autrement dit par un requérant extérieur aux relations contractuelles, on peut estimer que les cocontractants devraient effectivement bénéficier d'une certaine marge de manœuvre

¹³³⁴ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹³³⁵ V° « Régularisation » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, 2022.

¹³³⁶ La régularisation fut ainsi présentée comme un mode de « traitement par action sur la cause de nullité » du contrat administratif. V. en ce sens : J.-F. LAFAIX, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, préc., pp. 243-321.

¹³³⁷ J.-F. LAFAIX, « La régularisation en matière contractuelle », préc.

¹³³⁸ « Il apparaît alors que le juge doit spontanément rechercher si une mesure de régularisation est possible. Si tel est le cas, il doit enjoindre aux parties de choisir entre régularisation ou disparition du contrat. [...] Le juge du contrat, [...] est lui aussi tenu d'examiner d'office la question de la possibilité de la régularisation. » (J.-F. LAFAIX, « La régularisation en matière contractuelle », préc.). « [Le] juge doit examiner d'office si la régularisation est possible, auquel cas le contrat peut se poursuivre sous réserve de mesure de régularisation. » (L. RICHER et F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 202, n° 413).

¹³³⁹ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

quant aux conséquences de l'irrégularité dénoncée sur l'avenir du contrat¹³⁴⁰. Est-ce peut-être ici que se situe l'intérêt du changement de vocable employé par le Conseil d'État par rapport à la jurisprudence *Tropic Travaux*¹³⁴¹ notamment, sous laquelle le juge pouvait « décider de la poursuite de [l'exécution du contrat], éventuellement sous réserve de mesures de régularisation »¹³⁴². Pourtant, cette différence lexicale camoufle à peine un pouvoir d'injonction déjà octroyé au juge du contrat avant l'arrêt *Tarn-et-Garonne*¹³⁴³. Dans un cas comme dans l'autre, la poursuite de l'exécution du contrat est conditionnée à sa régularisation. En d'autres termes, l'absence d'intervention – intentionnelle ou non – des cocontractants dans le délai imparti « de 3 à 6 mois le plus souvent »¹³⁴⁴ entraînera la disparition du contrat administratif. Certes, rien n'oblige les parties à procéder à la régularisation. Mais il est peu probable qu'en dehors d'un recours les opposant elles manifestent une volonté de rompre les liens contractuels qui les unissent. Sauf négligence, elles devraient ainsi opter de manière quasi-systématique pour la régularisation du contrat administratif lorsque celle-ci est possible.

Le recensement des vices régularisables démontre à ce propos que les cas dans lesquels le contrat peut être sauvé sont relativement courants. La plupart des auteurs s'accordent pour distinguer les irrégularités entachant l'expression du consentement de ceux affectant son intégrité¹³⁴⁵. Alors que les premiers peuvent faire l'objet d'une régularisation, tel n'est pas le cas des seconds, certes plus exceptionnels, mais constitutifs des vices les plus graves¹³⁴⁶. D'après la classification proposée par le Professeur Jean-François Lafaix¹³⁴⁷, deux catégories d'irrégularités se dégagent parmi celles relatives aux modalités selon lesquelles la personne publique a donné son consentement. D'une part, on observe les vices

¹³⁴⁰ « [C]ertains vices peuvent justifier l'annulation du contrat tout en étant corrigibles puisque le juge prononce une injonction alternative ouvrant aux parties le choix entre régularisation ou disparition du contrat. » (J.-F. LAFaix, « La régularisation en matière contractuelle », préc.).

¹³⁴¹ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

¹³⁴² *Ibid.*

¹³⁴³ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹³⁴⁴ J.-F. LAFaix, « La régularisation en matière contractuelle », préc.

¹³⁴⁵ V. notamment en ce sens : J.-F. LAFaix, « La régularisation en matière contractuelle », préc. ; E. LANGELIER et A. VIROT-LANDAIS, « Mérites et limites du recours à la régularisation des actes viciés », *JCP A* 2015 p. 2245 ; M. DE MONSEMBERNARD, « Contrats de la commande publique : contentieux de la validité », préc., n° 348.

¹³⁴⁶ *Ibid.*

¹³⁴⁷ J.-F. LAFaix, « La régularisation en matière contractuelle », préc.

de procédure tel que le défaut d'information des membres de l'assemblée délibérante¹³⁴⁸ ou encore la convocation irrégulière de celle-ci, régularisables par l'adoption d'une nouvelle délibération ou par la réitération du consentement. D'autre part, on retrouve les vices de compétence dont la régularisation est finalement tout aussi possible¹³⁴⁹ par l'habilitation de l'autorité compétente pour signer le contrat administratif¹³⁵⁰, voire la délibération de l'assemblée délibérante compétente¹³⁵¹.

Les vices entachant le consentement de la personne publique ne sont toutefois pas les seuls dont il convient de s'interroger sur le caractère régularisable¹³⁵². Certaines irrégularités commises à l'occasion de la procédure de passation sont susceptibles de faire l'objet d'une régularisation¹³⁵³. Ainsi la consultation d'un organisme tel que la commission d'appel d'offres peut intervenir après la conclusion du contrat, de sorte que la personne publique confirme son consentement en fonction de l'avis de la commission régulièrement

¹³⁴⁸ À propos de l'insuffisance d'informations sur la durée de la convention : CE, 4 juillet 2012, *Communauté d'agglomération de Chartres Métropole*, n° 352417 ; concl. N. BOULOUIS, *BJCP* 2012 p. 426 ; G. ECKERT, *Contrats-Marchés publ.* Août 2012 comm. 257 ; J. MARCHAND, *DA* Mars 2013 ét. 6 ; D. POUPEAU, *AJDA* 2012 p. 1376 ; J.-B. VILA, *JCP A* 2012 p. 2388. À propos de l'insuffisance d'informations sur les conséquences financières du recours à un contrat de partenariat : CE, 11 mai 2016, *Rouveyre*, n° 383768 ; concl. O. HENRARD, *BJCP* 2016 p. 254 ; F. BRENET, *DA* 2016 comm. 46 ; S. COLMANT et E. TESSIER, *JCP A* 2016 p. 2143 ; L. ERSTEIN, *ibid.* act. 407 ; M.-C. DE MONTECLER, *AJDA* 2016 p. 924 ; M. UBAUD-BERGERON, *Contrats-Marchés publ.* Juillet 2016 comm. 171 ; CE, 20 mai 2016, *Association Avenir d'Alet et autres*, n° 375779 ; H. HOEPFFNER, *Contrats-Marchés publ.* 2016 comm. 185. À propos du caractère incomplet ou de la validité de l'avis du service des domaines préalable à la cession d'une dépendance du domaine privé (dans le cadre du recours contre un acte détachable d'un contrat de droit privé) : CE, 8 juin 2011, *Commune de Divonne-les-Bains, Lebon* p. 278 ; concl. B. DACOSTA, *BJCP* 2011 p. 381 ; A. BRETONNEAU, *RJEP* 2012 comm. 4 ; J.-D. DREYFUS, *AJDA* 2011 p. 1685 ; R. GRAND, *ibid.* p. 1172 ; G. LE CHATELIER, *AJCT* 2011 p. 402 ; J.-P. PIÉTRI, *Contrats-Marchés publ.* 2011 comm. 304 ; CE, 10 avril 2015, *Commune de Levallois-Perret, Lebon T.* p. 545-748-822 ; concl. B. BOHNERT, *RFDA* 2015 p. 926 ; O. DIDRICHE, *AJCT* 2015 p. 394 ; N. FOULQUIER, *RDI* 2015 p. 305 ; M.-C. DE MONTECLER, *AJDA* 2015 p. 725 ; J.-P. PIÉTRI, *Contrats-Marchés publ.* Juin 2015 comm. 156.

¹³⁴⁹ « Les vices de compétences sont *a priori* plus problématiques. La jurisprudence montre toutefois qu'une consolidation du contrat est assez largement possible dans un tel cas également. Quelques arrêts anciens le laissaient penser, mais ils étaient restés sans concrétisation positive. La jurisprudence plus récente offre des exemples plus convaincants à cet égard. » (J.-F. LAFAIX, « La régularisation en matière contractuelle », préc.). Pour une analyse plus nuancée, fondée sur la distinction entre incompétence matérielle (principalement irrégularisable) et incompétence temporelle (régularisable), v. : S. DOUTEAUD, *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, préc., pp. 491-501.

¹³⁵⁰ CE, 20 mai 2016, *Association Avenir d'Alet*, préc. ; CAA Bordeaux, 8 juin 2015, *Communauté de communes du Query Causseadais*, n° 13BX02453 ; H. HOEPFFNER, *Contrats-Marchés publ.* Août 2015 comm. 207.

¹³⁵¹ CE, 28 janvier 2013, *Syndicat mixte Flandre Morinie*, n° 358302 ; concl. G. PELLISSIER, *JCP A* 2013 p. 2185 ; C. BIGET, *AJDA* 2013 p. 260 ; M. PHILIP-GAY, *AJCT* 2013 p. 303 ; J.-P. PIÉTRI, *Contrats-Marchés publ.* Mars 2013 comm. 87.

¹³⁵² J.-F. LAFAIX, « La régularisation en matière contractuelle », préc.

¹³⁵³ *Ibid.*

composée¹³⁵⁴. Dès lors que le vice affectant la procédure de passation est appréhendé sous l'angle de l'expression du consentement de l'administration, il peut faire l'objet d'une régularisation¹³⁵⁵. En revanche, la plupart des autres manquements à la procédure de passation sont difficilement régularisables. Comme le fait remarquer là encore le Professeur Jean-François Lafaix, « les formalités de publicité et de mise en concurrence sont utiles si elles sont accomplies avant le choix du cocontractant et donc avant la conclusion du contrat. Une fois cette conclusion effectuée, il n'est plus possible de changer ce qui a été fait puisque changer de cocontractant supposerait de passer un nouveau contrat et non de consolider le contrat passé irrégulièrement. Pour cette raison, les vices affectant la publicité préalable ou l'appréciation des candidatures et des offres ne sont pas corrigibles *a posteriori* ». ¹³⁵⁶ Il en va ainsi notamment du défaut d'information des candidats sur les critères de sélection des offres¹³⁵⁷, de l'adaptation de l'objet du contrat lors de la phase de négociation entraînant une discrimination¹³⁵⁸ ou encore de l'absence irrégulière de mise en concurrence¹³⁵⁹.

Reste enfin à envisager la possibilité de régulariser les vices affectant l'objet ou les clauses du contrat administratif¹³⁶⁰. La question de la régularisation de cette catégorie d'irrégularité peut sembler artificielle dès lors que le contenu illicite du contrat justifie en principe son annulation totale ou partielle¹³⁶¹. Il est impossible de procéder à la régularisation du contrat administratif lorsque la correction de l'illégalité revient à faire disparaître l'objet de la convention¹³⁶². Aucune clause contraire à des dispositions d'ordre public ne pourrait davantage être régularisée. Il en va ainsi de celle qui prévoit la renonciation par la personne

¹³⁵⁴ CE, 28 janvier 2013, *Syndicat mixte Flandre Morinie*, préc.

¹³⁵⁵ « Cet exemple montre que le juge a tendance à traiter certaines questions du point de vue de l'expression du consentement de la personne publique, ce qui facilite la régularisation (J.-F. LAFAIX, « La régularisation en matière contractuelle », préc.).

¹³⁵⁶ *Ibid.*

¹³⁵⁷ CE, 10 décembre 2012, *Société Lyonnaise des eaux France, Lebon T.* p. 855, 857, 859 et 901 ; F. BRENET, *DA Mars* 2013 comm. 19 ; D. POUPEAU, *AJDA* 2012 p. 2409.

¹³⁵⁸ CAA Marseille, 19 décembre 2016, *Association Avenir d'Alet*, n° 16MA00717.

¹³⁵⁹ CAA Bordeaux, 2 février 2017, *Association Savès-accueil Transparence*, n°s 14BX02682 et 14BX02684 ; H. HOEPFFNER, *Contrats-Marchés publ.* Avril 2017 comm. 111.

¹³⁶⁰ J.-F. LAFAIX, « La régularisation en matière contractuelle », préc.

¹³⁶¹ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹³⁶² À propos d'une convention portant sur une opération d'aménagement illégal : CE, 10 juillet 2013, *Commune de Vias*, n° 362304 ; R. GRAND, *AJDA* 2013 p. 1480.

publique à l'exercice du pouvoir de résiliation unilatérale dans l'intérêt général¹³⁶³ ou encore de celle par laquelle l'administration contracte sur un objet qui entre dans le champ de son pouvoir de décision unilatérale¹³⁶⁴.

La régularisation juridictionnelle se déploie ainsi dans de nombreuses hypothèses, réservant la disparition rétroactive du contrat administratif lorsque son contenu est illicite ou que l'intégrité du consentement de la personne publique est viciée. Une autre grille de lecture distinguant les irrégularités internes des irrégularités externes conduit aux mêmes conclusions¹³⁶⁵. Les premières dessinent le périmètre du « terrain d'élection de la régularisation »¹³⁶⁶, tandis que les secondes sont *a priori* moins favorables au procédé¹³⁶⁷.

La régularisation, technique de neutralisation de l'irrégularité, s'ajoute ainsi aux autres moyens de stabilisation du contrat administratif. L'étude de l'ensemble des outils composant l'office du juge de plein contentieux rend compte de l'importance accordée au maintien du contrat administratif. Le caractère exceptionnel de sa disparition confirme également le statut prioritaire de l'objectif de stabilisation des relations contractuelles, garde-fou de la continuité du service public, de la bonne gestion des deniers publics et plus largement de l'intérêt général.

¹³⁶³ CE, 1^{er} octobre 2013, *Société Espace habitat construction, Lebon T.* p. 695 ; concl. V. DAUMAS, *BJCP* 2014 p. 32 ; F. BRETNET, *DA* 2013 comm. 80 ; P. DEVILLERS, *Contrats-Marchés publ.* 2013 comm. 322 ; N. FOULQUIER, *RDI* 2014 p. 46 ; J.-F. GIACUZZO, *AJDA* 2013 p. 2275 ; S. HUL, *AJCT* 2013 p. 571 ; H. PAULIAT, *JCP A* 2014 p. 2196.

¹³⁶⁴ CE, 20 juin 2012, *SDIS du Nord*, n° 342843 ; E. PÉCHILLON, *AJCT* 2012 p. 630.

¹³⁶⁵ S. DOUTEAUD, *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, préc., pp. 487-515.

¹³⁶⁶ *Ibid.*, pp. 487-507.

¹³⁶⁷ *Ibid.*, pp. 507-515.

SECTION 2. LA REMISE EN CAUSE EXCEPTIONNELLE DES RELATIONS CONTRACTUELLE

L'objectif de stabilité des relations contractuelles, aussi prédominant soit-il au sein du contentieux contractuel administratif, n'est pas un blanc-seing remis au juge du contrat administratif pour légitimer tout empiétement du principe de légalité. Certaines circonstances, eu égard à la nature, à l'importance et aux conséquences des irrégularités entachant le contrat administratif conduisent le juge à prendre des sanctions. Autrement dit, la gravité de certaines entraves à la légalité appelle le juge du contrat à condamner leur auteur (l'une ou l'ensemble des parties) et par la même, le contrat administratif, par son effacement de l'ordonnancement juridique¹³⁶⁸.

En raison des conséquences de la disparition du contrat, le pouvoir d'extinction des relations contractuelles fait l'objet d'un strict encadrement, confortant le caractère exceptionnel de son usage. D'une part en effet, les modalités d'effacement de l'acte conventionnel font l'objet d'une classification selon l'impact qu'elles occasionnent au niveau juridique et matériel et selon la gravité de l'irrégularité (§1). D'autre part, l'office du juge de pleine juridiction a été conçu de telle sorte qu'il puisse modérer l'usage du pouvoir de faire disparaître le contrat administratif (§2).

§1. LA GRADATION DE L'IMPACT DU POUVOIR D'EXTINCTION

Parce que la disparition du contrat administratif a vocation à demeurer exceptionnelle dans le cadre du recours en contestation de sa validité par les tiers – comme par les parties d'ailleurs – le champ d'application du pouvoir d'extinction des relations contractuelles est strictement délimité. Selon la gravité du vice non régularisable relevé, laquelle dépend de la nature, de l'importance et des conséquences de l'irrégularité¹³⁶⁹, le juge du contrat optera pour une solution plus ou moins radicale. Certains vices sont ainsi sanctionnés par la

¹³⁶⁸ Stéphanie Douteaud qualifie la régularisation de « sanction positive », par opposition aux sanctions négatives que sont la résiliation et l'annulation : S. DOUTEAUD, *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, préc. pp. 452-455. Il nous paraît toutefois difficilement concevable d'appréhender une chance de sauver le contrat, ce qui a été convenue par les parties, comme une sanction à leur égard.

¹³⁶⁹ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

disparition seulement pour l'avenir du contrat (A), tandis que d'autres, expressément mentionnés dans la décision *Tarn-et-Garonne*¹³⁷⁰, imposeront sa disparition rétroactive (B).

A/ La disparition prospective du contrat administratif : la résiliation

Si le juge a toujours contrôlé les conditions dans lesquelles le contrat administratif est résilié par voie unilatérale¹³⁷¹, son propre pouvoir de résiliation était autrefois limité¹³⁷². Depuis le XIX^e siècle au moins¹³⁷³, la personne publique bénéficie en effet de la faculté de résilier un contrat administratif au titre du « privilège du préalable »¹³⁷⁴, c'est-à-dire indépendamment de l'intervention du juge¹³⁷⁵. Il en résulte que dès lors que l'administration est irrecevable à demander des mesures qu'elle peut adopter elle-même¹³⁷⁶, dont la résiliation, le rôle du juge administratif ne révèle son intérêt que dans des hypothèses marginales. Le constat était évident jusqu'à l'amorce de la refonte de l'office du juge du contrat administratif, il l'est moins aujourd'hui.

Durant la période précédant la décision *Tropic Travaux*¹³⁷⁷, la personne publique pouvait – et peut encore¹³⁷⁸ – résilier le contrat administratif pour motif d'intérêt général¹³⁷⁹ ou pour faute¹³⁸⁰ et, éventuellement, pour inexécution non fautive, c'est-à-dire « dans des situations intermédiaires où l'exécution du contrat est compromise sans que, pour autant, l'un ou

¹³⁷⁰ *Ibid.*

¹³⁷¹ H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, préc., pp. 667-680 ; M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, 4^e éd., LexisNexis, 2022, pp. 380-383, pp. 396-397 et pp. 424-432 ; L. RICHER et F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, préc., pp. 253-266.

¹³⁷² D. POUYAUD, « La résiliation pour irrégularité du contrat administratif », *RFDA* 2021 p. 275.

¹³⁷³ CE, 17 mars 1864, *Paul Dupont*, *Dalloz* 1864 III p. 87.

¹³⁷⁴ On doit l'expression à Maurice Hauriou. V. notamment sur ce point : M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^e éd., Larose, 1900, p. 246.

¹³⁷⁵ CE 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, *Lebon* 583 ; M. HAURIOU, *S.* 1915. III p. 9.

¹³⁷⁶ *Ibid.*

¹³⁷⁷ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

¹³⁷⁸ V. notamment à propos des évolutions plus récentes du pouvoir de résiliation de l'administration cocontractante : J.-F. LAFAIX, « La codification et la fin des contrats », *RFDA* 2019 p. 227 ; I. MICHALIS, « La rationalisation du régime de résiliation unilatérale du contrat administratif par l'administration », *RFDA* 2021 p. 290 ; U. NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ, « Les évolutions jurisprudentielles relatives à la résiliation des contrats administratifs », *DA* Novembre 2015, ét. 14 ; D. POUYAUD, « La résiliation pour irrégularité du contrat administratif », préc. ; J.-C. ROTOULLIÉ, « La reconnaissance d'un nouveau motif de résiliation unilatérale : l'irrégularité du contrat administratif », *AJDA* 2021 p. 164.

¹³⁷⁹ CE, 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, *Lebon* p. 246 ; concl. J. KAHN, *AJDA* 1958 II p. 282 ; A. DE LAUBADÈRE, *Dalloz* 1958 p. 730 ; CE, Ass., 2 février 1987, *Société TV6*, *Lebon* p. 29 ; concl. M. FORNACCIARI, *RFDA* 1987 p. 29 ; M. AZIBERT et M. DE BOISDEFFRE, *AJDA* 1987 p. 314.

¹³⁸⁰ CE, 30 septembre 1983, *SARL Comexp*, *Lebon* p. 393.

l'autre des contractants soit en faute »¹³⁸¹. De son côté, le juge du contrat devait se contenter de veiller au bon usage de cette faculté de résiliation¹³⁸². Il ne pouvait résilier le contrat lui-même que dans certains cas de figure. Ainsi tout d'abord, lorsque l'administration avait renoncé au privilège du préalable avant de le saisir d'une demande de résiliation pour motif d'intérêt général¹³⁸³ ou pour faute¹³⁸⁴. De même, il était obligatoirement saisi par la personne publique afin de mettre un terme au contrat en l'absence de clause autorisant cette dernière à prononcer la déchéance d'une concession en raison de la faute du concessionnaire¹³⁸⁵. Parallèlement, il pouvait également prononcer la résiliation du contrat administratif aux torts de l'administration, à la demande de son cocontractant, en cas de manquements graves à ses obligations contractuelles¹³⁸⁶. Enfin, dans une autre série d'hypothèses, le juge avait le pouvoir de résilier le contrat administratif lorsque celui-ci était devenu inexécutable du fait de circonstances extérieures. Tel pouvait par exemple être le cas en raison d'un changement de législation¹³⁸⁷ ou de la perte d'objet de la convention¹³⁸⁸. Mais c'est surtout en présence d'une force majeure administrative¹³⁸⁹ – dite libératoire¹³⁹⁰ – que le juge jouissait du pouvoir de résilier le contrat administratif, à savoir « dans le cas où des circonstances imprévisibles ont eu pour effet de bouleverser définitivement le contrat de telle sorte que le cocontractant ne peut plus équilibrer ses dépenses avec les ressources qui lui sont procurées par

¹³⁸¹ L. RICHER et F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 559. Les auteurs recensent à ce titre le « changement de circonstances » à l'occasion duquel l'administration peut prononcer elle-même la résiliation. V. : *ibid.* pp. 265-266.

¹³⁸² On notera toutefois le développement de l'office du juge dans le contentieux de la résiliation, plus seulement limité à un pouvoir d'indemnisation, mais étendu à un pouvoir de décider de la reprise des relations contractuelles : CE Sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, *Lebon* p. 117 ; concl. E. CORTOT-BOUCHER, *ibid.* et *RFDA* 2011 p. 507 ; S. BRACONNIER, *RDI* 2011 p. 270 ; F. BRENET et F. MELLERAY, *DA* 2011 comm. 46 ; P. COSSALTER, *RJEP* Octobre 2011 comm. 44 ; J.-D. DREYFUS, *AJCT* 2011 p. 291 ; A. LALLET, *AJDA* 2011 p. 670 ; F. LINDITCH, *JCP A* 2011 p. 2171 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* Mai 2011 comm. 150 ; D. POUYAUD, *RFDA* 2011 p. 518 ; M. UBAUD-BERGERON, *JCP* 2011 p. 658.

¹³⁸³ CE, 20 avril 1956, *Ville de Nice*, *Lebon* p. 162 ; concl. M. LONG, *RDP* 1956 p. 575 ; P. WEIL, *AJDA* 1956 p. 266.

¹³⁸⁴ CE, 17 mars 1934, *Gouverneur général de l'Algérie c./ Carta*, *Lebon* p. 377.

¹³⁸⁵ CE 20 mai 1892, *Tessier*, *Lebon* p. 456 ; concl. J. ROMIEU, *ibid.* ; CE, 17 novembre 1944, *Ville d'Avallon*, *Lebon* p. 294 ; CE, 26 juillet 1947, *Département du Tarn*, *Lebon* p. 353.

¹³⁸⁶ CE, 2 mars 1951, *Ville de Poissy*, *Lebon* p. 774.

¹³⁸⁷ CE, 30 juin 1937, *Commune d'Arvieux*, *Lebon* p. 648.

¹³⁸⁸ CE 8 octobre 1958, *Société des chemins de fer du Var et du Gard*, *Lebon* p. 475.

¹³⁸⁹ CE, 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, *Lebon* p. 1050 ; concl. P.-L. JOSSE, *ibid.*

¹³⁹⁰ H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, préc., pp. 654-655. L'auteur oppose ainsi la force majeure « libératoire » à la force majeure « exonératoire », cause exonératoire de la responsabilité contractuelle : *ibid.* pp. 651-653.

l'exécution du contrat»¹³⁹¹. Elle peut d'ailleurs être constituée par une imprévision prolongée, qui révèle une situation définitivement compromise¹³⁹².

L'intérêt du pouvoir de résiliation du juge du contrat a été renouvelé à la suite de son intégration dans son office comme sanction à l'irrégularité entachant le contrat administratif¹³⁹³, à l'occasion de l'affaire *Société Tropic Travaux* de 2007¹³⁹⁴. Dès lors, la résiliation juridictionnelle pour irrégularité s'est largement démocratisée¹³⁹⁵, bien qu'il semblerait qu'on en trouve les premières traces dans le contentieux des actes détachables¹³⁹⁶. La conception de la résiliation juridictionnelle était cependant différente sous l'empire de la jurisprudence antérieure à l'apparition du nouveau juge du contrat. D'un substitut à la nullité du contrat¹³⁹⁷ consécutive à l'annulation d'un acte détachable, elle est devenue un pouvoir autonome¹³⁹⁸ dont l'utilisation est réservée à des irrégularités particulières. L'agencement de l'office du juge du contrat administratif tel que proposé par le Conseil d'État lors de l'affaire *Tropic Travaux*¹³⁹⁹ a pu laisser planer un certain doute quant à la place du pouvoir de résiliation parmi les moyens de traiter les irrégularités. Le considérant de principe de la décision présentait en effet la résiliation comme la première réponse à apporter en présence d'un vice entachant la validité du contrat¹⁴⁰⁰. Une telle

¹³⁹¹ L. RICHER et F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 287, n° 609. Les auteurs ajoutent que « de cette force majeure administrative résulte qu'à défaut d'accord amiable sur une réorientation de l'exploitation, le cocontractant peut demander au juge administratif de prononcer la résiliation du contrat, avec indemnité s'il y a lieu. » (*ibid.*).

¹³⁹² « La force majeure administrative intervient lorsque l'exécution d'un contrat est affectée par un bouleversement définitif face auquel le jeu de la théorie de l'imprévision ne permet pas d'assurer le retour à l'équilibre financier. » (H. HOEPFNER, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 654, n° 734).

¹³⁹³ « L'adéquation de la résiliation comme sanction de l'illégalité du contrat ne va pas de soi. Elle contraste avec la fonction habituelle de la résiliation, prérogative appartenant à l'administration dans la gestion du contrat, soit pour sanctionner la partie privée pour un manquement à ses obligations, soit pour mettre fin au contrat dans l'intérêt du service, et qui relève dans ce cas de l'opportunité. » (D. POUYAUD, « L'office du juge du contrat », *RFDA* 2010 p. 519).

¹³⁹⁴ CE Ass., 16 juillet, 2007, *Société Tropic Travaux Signalisations*, préc.

¹³⁹⁵ S. DOUTEAUD, *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, préc., pp. 642-644.

¹³⁹⁶ D. POUYAUD, « La résiliation pour irrégularité du contrat administratif », préc.

¹³⁹⁷ La nullité étant un état du contrat administratif entaché d'une irrégularité que le juge ne peut que constater, le pouvoir de résiliation juridictionnelle lui a redonné un rôle à jouer dans le contentieux contractuel.

¹³⁹⁸ S. DOUTEAUD, *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, préc., pp. 672-676.

¹³⁹⁹ CE Ass., 16 juillet, 2007, *Société Tropic Travaux Signalisations*, préc.

¹⁴⁰⁰ « 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 "illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat [...] » (*Ibid.*).

approche pouvait laisser penser que la résiliation allait alors supplanter la nullité du contrat administratif. Madame le Professeur Dominique Pouyaud affirmait ainsi que « depuis la réponse de la Section du rapport de 1989¹⁴⁰¹, le Conseil d'État a constamment fait de la résiliation un substitut de la nullité, que ce soit pour tirer les conséquences de l'annulation de l'acte détachable ou, à la demande d'un concurrent évincé, pour sanctionner un contrat illégalement conclu »¹⁴⁰². Mais l'intention du rapporteur public Didier Casas était de faire en sorte que le « juge de plein contentieux puisse faire autre chose que, simplement, décider la résiliation voire la résolution du contrat »¹⁴⁰³. La lecture des conclusions ne révèle aucune volonté d'ériger la résiliation juridictionnelle au rang de sanction de principe à l'irrégularité entachant le contrat administratif¹⁴⁰⁴.

La décision *Tarn-et-Garonne*¹⁴⁰⁵, dans la lignée de la jurisprudence *Béziers I*¹⁴⁰⁶, a levé toute ambiguïté. Elle mentionne la résiliation après la poursuite de l'exécution du contrat, le cas échéant sous réserve de mesure de régularisation¹⁴⁰⁷. Elle réserve son utilisation par le juge du contrat aux « irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat »¹⁴⁰⁸, en dehors de celles entraînant l'annulation¹⁴⁰⁹. Autrement dit, au sein de l'office du juge de la validité du contrat, la résiliation n'a pas (et n'a jamais eu) vocation à pallier les effets dévastateurs de l'annulation¹⁴¹⁰, chacune de ces facultés couvrant un champ d'application délimité. Comme annoncé par le rapporteur Bertrand Dacosta à l'occasion de l'ouverture du recours contre le contrat administratif à l'ensemble des tiers, la résiliation juridictionnelle est « la sanction « normale » des manquements graves aux obligations de publicité et de mise en

¹⁴⁰¹ L'avis mentionné suggérait notamment à l'administration, à la suite de l'annulation d'un acte détachable, de tenir compte des « circonstances propres à chaque espèce » et d'apprécier « l'intérêt que [l']exécution [du contrat] présente pour le service public », pour éventuellement décider de la poursuite de cette exécution en dépit de l'annulation de l'acte détachable. (*EDCE* 1990 p. 127 ; B. PACTEAU, *CJEG* 1991 p. 115).

¹⁴⁰² D. POUYAUD, « L'office du juge du contrat », préc.

¹⁴⁰³ D. CASAS, concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

¹⁴⁰⁴ *Ibid.*

¹⁴⁰⁵ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁴⁰⁶ CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

¹⁴⁰⁷ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁴⁰⁸ *Ibid.*

¹⁴⁰⁹ *Ibid.*

¹⁴¹⁰ S'agissant du contentieux de la validité des contrats, « jamais le juge n'a substitué la résiliation à l'annulation pour contourner le bouleversement inhérent à la disparition rétroactive de l'acte. » (S. DOUTEAUD, *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, préc., n° 2165).

concurrence »¹⁴¹¹. En d'autres termes, la violation d'une règle relative à la sélection du cocontractant appelle en principe la résiliation du contrat administratif. Mais le prononcé d'une telle sanction ne fait pas l'économie de l'appréciation par le juge de « l'importance et [des] conséquences »¹⁴¹² du vice entachant le contrat. La décision *Commune de Ramatuelle* rendue par le Conseil d'État le 28 mars 2022¹⁴¹³ en témoigne. En l'espèce, une sous-concession de service public balnéaire avait été attribuée à une société dont la candidature était incomplète. L'opportunité de la résiliation du contrat administratif a été évaluée à l'aune de la rupture d'égalité de traitement des candidats résultant de l'incomplétude de l'offre de l'attributaire¹⁴¹⁴. Or, dans la mesure où la candidature de la société attributaire ne permettait pas à la personne publique de s'assurer qu'elle ne faisait l'objet d'aucune exclusion à la procédure de passation des contrats de concession¹⁴¹⁵, le Conseil d'État a estimé « [qu']eu égard à la portée de ce manquement au règlement de la consultation, ce vice ne [permettait] pas la poursuite de l'exécution du contrat et [justifiait] la résiliation de celui-ci »¹⁴¹⁶. *A contrario*, le contrat échapperait à la résiliation dans l'hypothèse où d'autres pièces fournies par le candidat permettraient au concédant d'apprécier sa capacité.

Sans en conclure que la résiliation juridictionnelle possède des vertus stabilisatrices au motif qu'elle maintient les effets du contrat administratif entre le moment de sa conclusion et celui de sa disparition¹⁴¹⁷, la spécificité de son utilisation profite cependant à la préservation des relations contractuelles. La délimitation des vices susceptibles d'entraîner

¹⁴¹¹ B. DACOSTA, concl. sur CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc. Confirmant l'analyse du Professeur Jean-François Lafaix sur les difficultés de régularisation des irrégularités relatives aux formalités de publicités et de mise en concurrence (J.-F. LAFAIX, « La régularisation en matière contractuelle », préc., spéc. n° 46-47). Pour une typologie complète du « champ d'application matériel de la résiliation », sanctionnant « les manquements aux obligations procédurales commis à l'occasion de l'attribution d'un contrat « à procédure » », v. : S. DOUTEAUD, *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, préc., pp. 657-666.

¹⁴¹² CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁴¹³ CE, 28 mars 2022, *Commune de Ramatuelle*, n° 454341 ; J. DIENTENHOEFFER, *Contrats-Marchés publ.* Juin 2022 comm. 184 ; E. MAUPIN, *AJDA* 2022 p. 657.

¹⁴¹⁴ « Le vice entachant la procédure de passation du contrat et consistant à retenir une société dont la candidature ou l'offre aurait dû être écartée comme incomplète ne s'oppose pas nécessairement à la poursuite de l'exécution du contrat conclu avec cette société. Il incombe au juge saisi d'une contestation de la validité du contrat, au regard de l'importance et les conséquences du vice, d'apprécier les suites qu'il doit lui donner » (*Ibid.*).

¹⁴¹⁵ L'article R. 3123-16 du Code de la commande publique prévoit des cas d'exclusion de la procédure de passation notamment en cas de condamnation pour infraction au Code pénal.

¹⁴¹⁶ CE, 28 mars 2022, *Commune de Ramatuelle*, préc.

¹⁴¹⁷ V. dans le sens contraire : S. DOUTEAUD, *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, préc., pp. 634-637.

la résiliation du contrat administratif¹⁴¹⁸ rend compte de l'utilisation mesurée et parcimonieuse de cette faculté par le juge de la validité du contrat. Certains auteurs font au contraire état d'une « utilisation fréquente de la résiliation par le juge des tiers »¹⁴¹⁹. Il convient toutefois de relativiser cette constatation. La fréquence de l'utilisation du pouvoir de résiliation est déterminée par opposition à « l'absence [de son] utilisation [...] par le juge des parties¹⁴²⁰. Dès lors que la résiliation juridictionnelle sanctionne des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, il n'y a rien d'étonnant à ce qu'elle soit souvent utilisée dans le contentieux des tiers au contrat et non dans celui des cocontractants. Les moyens fondés sur des vices entachant la procédure de passation résistent difficilement au filtre de la loyauté des relations contractuelles imposé aux parties. Au contraire, les manquements aux règles de publicités et de mise en concurrence justifiant la résiliation du contrat seront toujours invocables par un candidat évincé dans le cadre d'un recours « Tarn-et-Garonne » dont l'intérêt lésé aura été reconnu. De plus, la grande majorité des tiers-requérants se compose des candidats évincés, invoquant des irrégularités relatives à la procédure de passation. Il est logique alors, lorsque le juge examine le bien-fondé de leur demande, qu'il utilise fréquemment sa faculté de résilier le contrat administratif.

Le pouvoir de résiliation juridictionnel révèle sans doute davantage son potentiel stabilisateur lorsqu'il dépend de l'attitude des cocontractants. La décision *Tarn-et-Garonne*¹⁴²¹ prévoit en effet une hypothèse de résiliation conditionnelle. Le juge du contrat peut « inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou à résoudre le contrat »¹⁴²². Certes, une telle faculté peut conduire à faire disparaître un contrat administratif entaché d'un vice qui aurait pu être effacé. Mais à moins que le juge ne concède aux parties un délai rendant matériellement impossible toute régularisation dans les temps, la résiliation conditionnelle peut s'avérer vertueuse. Nul ne doute qu'une menace sur la stabilité du contrat en raison de l'intervention d'un tiers incitera vivement les cocontractants, dont l'intention n'est pas de se défaire de leurs liens contractuels, à procéder à la régularisation du contrat. Certaines irrégularités imposent en revanche au juge du

¹⁴¹⁸ L'appréciation de gravité des irrégularités selon leur importance et leur conséquence (CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.), participe à cette délimitation.

¹⁴¹⁹ S. DOUTEAUD, *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, préc., p. 648-649.

¹⁴²⁰ *Ibid.* pp. 649-656.

¹⁴²¹ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁴²² *Ibid.*

contrat de mobiliser son pouvoir de sanction le plus important, à savoir celui d'annuler le contrat administratif.

B/ La disparition rétroactive du contrat administratif : la résolution

La consécration d'un pouvoir d'annulation du juge du contrat administratif¹⁴²³ est certainement l'élément le plus révélateur d'un changement de paradigme dans l'appréhension des irrégularités susceptibles d'affecter le contrat. La pathologie dont souffrait l'ancienne configuration du recours en contestation de la validité du contrat¹⁴²⁴, *a fortiori* l'office du juge, s'identifiait dans le caractère automatique de la nullité. Concrètement, le moindre vice entachant le contrat administratif entraînait par un effet mécanique sa nullité. Dépourvu de toute marge de manœuvre quant à l'appréciation de la nature ou de la gravité du vice, le juge de pleine juridiction – si on osait ainsi le qualifier à cette époque – était contraint de procéder à la constatation de la nullité du contrat administratif et plus précisément de l'état de nullité¹⁴²⁵. Le rapporteur Emmanuel Glaser précisait dans ses conclusions sur l'arrêt *Commune de Béziers* de 2009¹⁴²⁶ que « la particularité [du contentieux contractuel]¹⁴²⁷ est que [les] irrégularités sont, en principe, toutes d'ordre public »¹⁴²⁸. Il ajoutait que Conseil d'État jugeait « que tous les moyens ayant trait à la nullité d'un contrat sont d'ordre public »¹⁴²⁹.

¹⁴²³ Nous évoquons ici l'annulation intégrale de l'acte, l'annulation partielle faisant l'objet de développements ultérieurs : v. *infra* p. 310 et s.

¹⁴²⁴ Il s'agissait du recours ouvert aux parties au contrat avant la réforme prétorienne issue de la décision *Béziers I* (CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.), les tiers étant dirigés vers la voie du recours en excès de pouvoir contre l'acte détachable jusqu'à l'affaire *Tropic Travaux* (CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.).

¹⁴²⁵ « Considérant que si le juge du contrat peut constater la nullité du contrat, il n'a pas le pouvoir d'en prononcer l'annulation » (CE 14 décembre 1988, *Établissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Saint Quentin en Yvelines* ; F. MODERNE, *LPA* 7 juillet 1989 p. 4).

¹⁴²⁶ CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

¹⁴²⁷ Il désignait le contentieux de la validité du contrat ouvert aux parties, bien que la refonte de l'office du juge du contrat administratif ait été amorcée par la jurisprudence *Tropic* (CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.). Restait alors à transposer ces nouveaux pouvoirs dans le cadre du recours en contestation du contrat réservé aux cocontractants.

¹⁴²⁸ E. GLASER, concl. sur CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

¹⁴²⁹ *Ibid.*

En plus d'enfermer l'office du juge du contrat dans une conception binaire identique à celle du juge de l'excès de pouvoir à laquelle il fallait mettre un terme¹⁴³⁰, la nullité du contrat administratif entraînait consécutivement l'anéantissement rétroactif de l'ensemble des effets qu'il avait pu produire en droit comme en fait, puisqu'il était réputé n'avoir jamais existé. Sur le plan juridique, la nullité du contrat administratif emportait avec elle tous les actes juridiques qui pouvaient lui être rattachés. Sur le plan matériel, la remise en l'état de la situation antérieure au contrat se traduisait très majoritairement par des opérations financières, ce qui pouvait être source de frustration pour le justiciable¹⁴³¹. Dans ces conditions, le contentieux contractuel s'avérait incompatible avec la stabilité des relations contractuelles et la continuité du service public.

Si de telles circonstances ont largement motivé la reconfiguration de l'office du juge de la validité du contrat saisi par les parties, elle a pourtant été impulsée deux ans auparavant par la première grande réforme prétorienne du contentieux des tiers au contrat et plus précisément des concurrents évincés de la passation¹⁴³². À l'occasion de l'affaire *Tropic*¹⁴³³ pourtant, le rapporteur public Didier Casas s'était montré relativement discret sur la question de l'office du juge du contrat saisi par les tiers, se limitant à proposer en un paragraphe un vaste éventail de pouvoirs, de sorte que le juge adopte une « attitude qui se défie des conséquences brutales d'une mesure juridictionnelle trop radicale »¹⁴³⁴. Pour cause : la voie de recours démultipliée dont disposaient les tiers pour atteindre le contrat administratif proposait déjà une alternative au caractère mécanique de la nullité. Dans sa décision *Institut de recherche pour le développement (IRD)* de 2003¹⁴³⁵ rappelant que « l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement la nullité dudit

¹⁴³⁰ « Vous devez [reconnaître au juge du contrat] une large étendue de pouvoirs qui fassent de lui un vrai juge de plein contentieux et pas seulement un juge qui, comme celui de l'excès de pouvoir, est enfermé dans un choix binaire, annulation ou rejet, avec, en outre, la contrainte que toutes les irrégularités conduisent à l'annulation. » (*Ibid.*).

¹⁴³¹ En cas de nullité du contrat, les parties sont tenues de remettre les choses en l'état en restituant les prestations déjà effectuées, en procédant à une reconstitution matérielle et en remboursant les sommes perçues, dans la mesure du possible : CE, 12 novembre 1948, *Compagnie des messageries maritimes, Lebon* p. 428 ; CE, 13 juillet 1968, *Sieur Stoskopf, Lebon* p. 460.

¹⁴³² CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

¹⁴³³ *Ibid.*

¹⁴³⁴ D. CASAS, Concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

¹⁴³⁵ CE, 10 déc. 2003, *Institut de recherche pour le développement (IRD)*, *Lebon* p. 501 ; concl. D. PIVETEAU, *BJCP* 2004 p. 136 et *CJEG* 2004 p. 246 ; J.-D. DREYFUS, *AJDA* 2004 p. 394 et *RDI* 2004 p. 296 ; A. MÉNÉMÉNIS, *DA* 2004 comm. 59 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2004 comm. 31.

contrat »¹⁴³⁶, le Conseil d'État avait enrichi l'office du juge de l'exécution saisi par un tiers à la suite de l'annulation d'un acte détachable. Dès lors, il n'a plus été tenu de faire droit à une demande d'injonction à l'encontre d'une des parties de saisir le juge du contrat pour constater la nullité de la convention¹⁴³⁷. La suite qu'entendait donner le juge de l'exécution à la requête du tiers dépendait à la fois de la nature de l'acte détachable annulé et du vice dont il était entaché, mais également du risque d'atteinte excessive à l'intérêt général que pouvait entraîner la nullité du contrat¹⁴³⁸. Autrement dit, il s'était vu confier par le Conseil d'État un pouvoir détourné d'annulation du contrat administratif. Il était donc logique que le transfert du contentieux contractuel réservé aux tiers entre les mains du seul juge du contrat s'accompagne de l'institution d'un véritable pouvoir d'annulation. Sans surprise, la décision *Tarn-et-Garonne*¹⁴³⁹ confirme sur ce point également la jurisprudence *Société Tropic Travaux*¹⁴⁴⁰.

Le changement terminologique initié par le Conseil d'État depuis la décision de 2007¹⁴⁴¹ constitue la figure de proue du bouleversement de l'office du juge du contrat administratif. Alors que ce dernier était enfermé dans un rôle de certificateur d'un état de l'acte

¹⁴³⁶ *Ibid.* La décision *Société « Le yacht-club international de Bormes-les-Mimosas »* (CE, 1^{er} oct. 1993, *Société « Le yacht-club international de Bormes-les-Mimosas »*, *Lebon* p. 875 ; concl. M. POCHARD, *AJDA* 1993 p. 810 ; B. PACTEAU, *RFDA* 1994 p. 248) l'avait déjà affirmé à l'occasion d'un recours opposant les parties à un contrat administratif dont l'acte détachable avait été annulé. Toujours applicable, le contrat n'en a été pas moins inopposable et ne pouvait faire naître aucune obligation contractuelle.

¹⁴³⁷ Cette marge de manœuvre sera confirmée en 2011 par l'arrêt *Société Ophrys* (CE 21 février 2011, *Société Ophrys, Communauté d'agglomération Clermont-Communauté*, *Lebon* p. 54 ; concl. B. DACOSTA, *BJCP* 2011 p. 133 ; F. BRENET, *DA* 2011 n°47 ; M.-C. DE MONTECLER, *AJDA* 2011 p. 356 ; R. NOGUELLOU, *RDI* 2011 p. 277 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2011 comm. 123 ; F. SCANVIC, *AJCT* 2011 p. 419).

¹⁴³⁸ « [Il] appartient au juge de l'exécution, saisi d'une demande d'un tiers d'enjoindre à une partie au contrat de saisir le juge compétent afin d'en constater la nullité, de prendre en compte la nature de l'acte annulé ainsi que le vice dont il est entaché et de vérifier que la nullité du contrat ne portera pas, si elle est constatée, une atteinte excessive à l'intérêt général ». Les pouvoirs du juge de l'exécution seront encore complétés par la jurisprudence *Ophrys*, affirmant « que l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement la nullité dudit contrat ; qu'il appartient au juge de l'exécution, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, d'enjoindre à la personne publique de résilier le contrat, le cas échéant avec un effet différé, soit, eu égard à une illégalité d'une particulière gravité, d'inviter les parties à résoudre leurs relations contractuelles ou, à défaut d'entente sur cette résolution, à saisir le juge du contrat afin qu'il en règle les modalités s'il estime que la résolution peut être une solution appropriée ». Le revirement de jurisprudence opéré par la décision *Tropic* (CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.) n'est évidemment pas étranger à l'enrichissement de l'office du juge de l'exécution.

¹⁴³⁹ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁴⁴⁰ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

¹⁴⁴¹ *Ibid.*

conventionnel irréversible auquel on ne pouvait remédier, il est devenu un véritable garant de la stabilité des relations contractuelles, dont la remise en cause rétroactive dépend de son appréciation¹⁴⁴². Au point d'ailleurs qu'il peut décider de l'anéantissement du contrat pour le passé et l'avenir, « alors même que le requérant n'a expressément demandé que la résiliation »¹⁴⁴³.

Que le requérant demande au juge de résilier ou d'annuler le contrat, il doit être regardé comme en contestant la validité, ce qui saisit le juge de l'ensemble des pouvoirs que lui confère la décision *Département de Tarn-et-Garonne*¹⁴⁴⁴ pour tirer les conséquences sur le contrat des irrégularités qu'il constate, compte tenu de leur nature et de leur importance, ainsi que des intérêts généraux et particuliers en présence. Ainsi, le juge peut toujours, en première instance comme en appel, si les conditions sont remplies, prononcer, le cas échéant d'office, l'annulation du contrat.

Fidèle à l'objectif de sécurité juridique poursuivi depuis maintenant plusieurs années, le juge de pleine juridiction saisi par un tiers ne prononce l'annulation du contrat que dans hypothèses limitées par le Conseil d'État. Sur ce point, la définition des différentes causes d'annulation a fait l'objet de quelques précisions à mesure des réformes prétorienne du contentieux contractuel. Le Conseil d'État est resté muet sur la question en rendant la décision *Tropic*¹⁴⁴⁵. Il faudra attendre l'arrêt *Béziers I*¹⁴⁴⁶ pour qu'il indique au juge de procéder à l'annulation du contrat « en raison seulement d'une irrégularité [...] tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif

¹⁴⁴² Le rapporteur public Emmanuel Glaser, proposant de repenser entièrement l'office du juge du contrat saisi par les parties, affirmait ainsi à ses collègues du Palais-Royal : « si vous nous suivez, vous achèverez ainsi de bouleverser la notion même de nullité. Selon une conception classique, dont témoigne encore la rédaction de vos décisions, celle-ci est un état du contrat. Elle préexiste à l'intervention du juge qui ne vient que la constater. C'est cette conception qui justifie que ce constat soit automatique, puisque le juge ne fait que tirer les conséquences d'un vice ontologique de l'acte. À cette conception s'oppose celle qui fait de la nullité, et pour bien marquer la différence entre les deux, il nous paraît préférable de parler d'annulation, un pouvoir du juge. L'annulation est la sanction que prononce le juge face aux irrégularités les plus graves, après avoir pesé les conséquences de la mesure qu'il se propose de prendre sur l'intérêt général. C'est pour cette raison que la même irrégularité peut, dans certains cas, justifier l'annulation et dans d'autres pas. » (E. GLASER, concl. sur CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.).

¹⁴⁴³ CE, 9 juin 2021, *Conseil national des barreaux*, *Lebon T.* p. 778 ; N. CHIFFLOT, *Procédures* 2021 comm. 240 ; J. DIETENHOEFFER, *Contrats-Marchés publ.* 2021 comm. 256 ; S. DOUTEAUD, *AJDA* 2021 p. 2346 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2021 act. 403 ; S. HUL, *JCP A* 2021 p. 2231 ; R. NOGUELLOU, *RDI* 2022 p. 164.

¹⁴⁴⁴ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁴⁴⁵ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

¹⁴⁴⁶ CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement »¹⁴⁴⁷. La jurisprudence *Tarn-et-Garonne*¹⁴⁴⁸ reprend l'ensemble de ces éléments en proposant une articulation différente entre certains d'entre eux. Concrètement, l'annulation du contrat administratif peut toujours se justifier « si le contrat a un contenu illicite »¹⁴⁴⁹. De même « s'il se trouve affecté d'un vice du consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office »¹⁴⁵⁰, à ceci près que ces deux dernières catégories d'irrégularités sont désormais autonomes¹⁴⁵¹. Les vices du consentement n'appartiennent plus à la famille des vices d'une particulière gravité. Mais c'est surtout l'absence des *conditions* dans lesquelles le consentement a été donné qu'il convient de relever. Rappelons en effet que si les vices entachant l'intégrité du consentement ne peuvent faire l'objet d'une régularisation, tel n'est pas le cas de ceux relatifs à l'expression du consentement¹⁴⁵². Cette modification sémantique devrait permettre de lever toute ambiguïté, tout comme la suppression de l'adverbe *notamment*¹⁴⁵³, qui évite au juge du contrat d'enfermer dans la catégorie des vices d'une particulière gravité les vices du consentement. Pour autant, cette liberté n'est pas synonyme d'accroissement des causes d'annulation sous la bannière de la *particulière gravité*. Au contraire, la disparition rétroactive du contrat implique elle aussi d'apprécier « l'importance et les conséquences »¹⁴⁵⁴ des vices entachant la validité du contrat.

Avec le soutien des juges du fond, le Conseil d'État a progressivement fourni les illustrations des différents motifs susceptibles de justifier l'annulation du contrat dans le

¹⁴⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁴⁸ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁴⁴⁹ *Ibid.*

¹⁴⁵⁰ *Ibid.*

¹⁴⁵¹ D. THÉBAULT, « Les « vices d'une particulière gravité » affectant le contrat administratif : tentative de clarification d'un juge réparateur à un juge censeur », *RDP* 2021 p. 945.

¹⁴⁵² V. notamment en ce sens : J.-F. LAFAIX, « La régularisation en matière contractuelle », préc. ; E. LANGELIER et A. VIROT-LANDAIS, « Mérites et limites du recours à la régularisation des actes viciés », *JCP A* 2015 p. 2245 ; M. DE MONSEMBERNARD, « Contrats de la commande publique : contentieux de la validité », préc., n° 348.

¹⁴⁵³ E. GLASER, « Béziers I, à propos d'un « notamment », préc.

¹⁴⁵⁴ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

cadre d'un recours « Tarn-et-Garonne »¹⁴⁵⁵. L'affaire *Société Cerba*¹⁴⁵⁶ offre d'importantes précisions sur le premier vice d'ordre public que constitue le contenu illicite du contrat. Le juge administratif suprême a en effet affirmé à cette occasion que « le contenu d'un contrat ne présente un caractère illicite que si l'objet même du contrat, tel qu'il a été formulé par la personne publique contractante pour lancer la procédure de passation du contrat ou tel qu'il résulte des stipulations convenues entre les parties qui doivent être regardées comme le définissant, est, en lui-même, contraire à la loi, de sorte qu'en s'engageant pour un tel objet, le cocontractant de la personne publique la méconnaît nécessairement »¹⁴⁵⁷. Le contenu illicite s'identifie ainsi de manière objective, à travers l'illicéité de l'objet du contrat administratif. Mais ce dernier n'est pas constitué par toute méconnaissance d'une règle de droit que pourrait entraîner l'exécution du contrat¹⁴⁵⁸. Il l'est en revanche si l'obligation instituée par le contrat, son objet même, est contraire à la loi. La décision a donc le mérite de circonscrire la notion de contenu illicite. Celle-ci a pu encore être appréhendée sous l'angle de la cause du contrat administratif¹⁴⁵⁹. La Cour administrative d'appel de Nantes a par exemple estimé qu'un marché de prestations de conseil juridique conclu en violation de la loi du 31 décembre 1971 réservant cette activité aux professionnels du droit reposait sur une cause illicite¹⁴⁶⁰. En l'espèce, l'objet du contrat, portant sur une prestation de service légale, n'était donc pas illicite. Mais le choix du cocontractant, dépourvu des qualifications

¹⁴⁵⁵ Il convient de préciser que cela ne signifie pas qu'il en aurait décidé autrement dans le cadre d'une autre voie de recours, nonobstant les conditions de recevabilité propres à chacune. Il s'agit ici de fournir quelques cas d'application de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne* (*ibid.*), laquelle peut cependant renouveler la question des causes d'annulation du contrat.

¹⁴⁵⁶ CE, 9 novembre 2018, *Société Cerba*, *Lebon* p. 407, concl. G. PELLISSIER ; L. BAHOUAGNE, *DA* 2019 chron. 1 ; C.-E. BUCHER, *AJ Contrat* 2019 p. 89 ; N. CHIFFLOT, *Procédures* 2019 comm. 33 ; J.-D. DREYFUS, *AJCT* 2019 p. 94 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2018 act. 848 ; S. HUL, *DA* 2019 comm. 14 ; F. LOMBARD, *RTD Com.* 2019 p. 343 ; J.-C. ROTOULLIÉ, *AJDA* 2019 p. 412 ; M. UBAUD-BERGERON, *Contrats-Marchés publ.* 2019 comm. 24.

¹⁴⁵⁷ *Ibid.*

¹⁴⁵⁸ Le requérant arguait dans cette affaire que la seule présence de clauses illicites fondait le contenu illicite du contrat.

¹⁴⁵⁹ « Cause qui peut revêtir [...] l'existence d'une contrepartie ou le but poursuivi par les parties [...], mais aussi recouvrir de façon cette fois plus originale le défaut de base légale » (M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, 4^e éd., LexisNexis, 2022, n° 577). V. pour une étude complète : F. LOMBARD, *La cause dans le contrat administratif*, Dalloz, 2008.

¹⁴⁶⁰ CAA Nantes, 15 février 2019, *Conseil national des barreaux*, n° 18NT02067 ; M. UBAUD-BERGERON, *Contrats-Marchés publ.* 2019 comm. 149.

requises pour être considéré comme un professionnel du droit, constituait une cause illicite¹⁴⁶¹.

Les vices du consentement confirment quant à eux la rareté de leur implication dans les cas d'annulation du contrat administratif. Dans la mesure où le contrat naît d'un accord de volontés, le Conseil d'État a naturellement réceptionné la théorie civiliste des vices du consentement en tant que cause de nullité¹⁴⁶². La nature même de ces irrégularités, mais aussi leur gravité, justifie leur maintien comme motif d'annulation dans le cadre du recours des tiers contre le contrat administratif¹⁴⁶³. Elles demeurent cependant peu invoquées par les requérants et reconnues par le juge au sein de ce contentieux. Les irrégularités relatives à l'intégrité du consentement affectent en effet directement les parties, davantage légitimes à s'en prévaloir¹⁴⁶⁴. Par ailleurs, le formalisme encadrant la passation de la grande majorité des contrats administratifs permet efficacement de les immuniser de ce genre d'illégalité. Enfin, les vices du consentement se confondent généralement avec les vices d'une particulièrement gravité, malgré la volonté de les distinguer¹⁴⁶⁵. On recense cependant quelques décisions dans lesquelles le juge administratif examine l'éventuelle présence d'irrégularité entachant le consentement. Si elles contribuent à la définition de vice du consentement dans le contentieux contractuel administratif, elles témoignent parallèlement d'une conception exigeante de la notion. Ainsi dans l'affaire *Société Cerba*¹⁴⁶⁶, le Conseil d'État a estimé « qu'une erreur conduisant à une appréciation inexacte du coût d'un achat par le pouvoir adjudicateur n'est pas, en elle-même, constitutive d'un vice du consentement »¹⁴⁶⁷. De même que dans une autre décision *Société Plastic omnium systèmes*

¹⁴⁶¹ « En l'espèce, le marché, qui a été attribué [...] en violation des dispositions de la loi du 31 décembre 1971, repose sur une cause illicite résultant du choix même du cocontractant. » (*Ibid.*).

¹⁴⁶² B. PLESSIX, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », *RFDA* 2006 p. 12.

¹⁴⁶³ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁴⁶⁴ À condition cependant que le cocontractant qui soulève cette irrégularité n'en soit pas à l'origine, auquel cas le juge du contrat lui opposera le principe de loyauté des relations contractuelles (CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.).

Ajoutons d'autre part qu'on peut toutefois estimer que dès lors que l'intégrité du consentement de la personne publique est viciée, le tiers peut s'en prévaloir en raison notamment des conséquences financières attachées à la conclusion d'un contrat reposant sur une erreur ou un dol par exemple.

¹⁴⁶⁵ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁴⁶⁶ CE, 9 novembre 2018, *Société Cerba*, préc.

¹⁴⁶⁷ *Ibid.*

*urbains*¹⁴⁶⁸, il a également refusé de qualifier ainsi une irrégularité ayant eu une incidence sur le choix de l'attributaire. En l'espèce, le changement de méthode de notation alors différente de celle annoncée dans les documents de consultation avait eu une incidence sur le classement des offres¹⁴⁶⁹.

Reste à déterminer le contenu de la notion de vice d'une particulière gravité. La jurisprudence *Collectivité de Corse*¹⁴⁷⁰ y associe le manquement au principe d'impartialité. La participation à l'évaluation des offres d'un ancien salarié de la société attributaire du contrat en fournit un exemple tout à fait caractéristique¹⁴⁷¹, en révélant une situation de conflit d'intérêts¹⁴⁷². Surtout, le Conseil d'État estime désormais que la violation du principe d'impartialité est « par elle-même constitutive d'un vice d'une particulière gravité justifiant l'annulation du contrat à l'exclusion de toute autre mesure »¹⁴⁷³. Quelque temps auparavant, il avait pourtant estimé, certes dans le cadre d'un recours « Tropic », qu'un manquement au principe d'impartialité devait revêtir un caractère volontaire afin de justifier l'annulation du contrat administratif¹⁴⁷⁴. L'appréciation objective de l'irrégularité finalement retenue se justifie toutefois au regard de l'importance de l'exigence d'impartialité, érigée au rang de

¹⁴⁶⁸ CE, 28 juin 2019, *Société Plastic omnium systèmes urbains*, J. DIETENHOEFFER, *Contrats-Marchés publ.* 2019 comm. 327 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2019 act. 469 ; S. HUL, *JCP A* 2019 p. 2261.

¹⁴⁶⁹ *Ibid.* Le juge d'appel avait cependant estimé « [qu']un vice affectant directement la personne même de l'attributaire [avait] par suite affecté les conditions dans lesquelles la personne publique a exprimé son consentement ».

¹⁴⁷⁰ CE, 25 novembre 2021, *Collectivité de Corse, Lebon* p. 351, concl. M. LE CORRE ; C. AYNÈS, *RFDA* 2022 p. 501 ; S. DYENS, *AJCT* 2022 p. 168 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2021 act. 731 ; L. DE FOURNOUX, *AJDA* 2022 p. 988 ; H. HOEPFFNER, *Contrats-Marchés publ.* 2022 comm. 39 ; F. LOMBARD, *RTD Com.* 2021 p. 785 ; R. NOGUELLOU, *RDI* 2022 p. 165.

¹⁴⁷¹ Le principe d'impartialité est également méconnu lorsque le dirigeant de deux entreprises a participé à la procédure de passation d'une concession par le biais de l'une des sociétés et s'est vu attribuer un contrat de sous-traitance par l'intermédiaire de la seconde. V. : CAA Bordeaux, 22 février 2021, *Société Sea-Invest Bordeaux*, n° 18BX03381 ; H. HOEPFFNER, *Contrats-Marchés publ.* 2021 comm. 149.

¹⁴⁷² CE, 25 novembre 2021, *Collectivité de Corse*, préc.

¹⁴⁷³ *Ibid.*

¹⁴⁷⁴ « Il résulte de l'instruction que les vices entachant la convention litigieuse, tirés de la méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence, révèlent également, en l'état de l'instruction, une volonté de la personne publique de favoriser un candidat et ont affecté gravement la légalité du choix du concessionnaire. Par leur particulière gravité et en l'absence de régularisation possible, ils impliquent que soit prononcée l'annulation de la concession d'aménagement litigieuse, dès lors que, contrairement à ce qui est soutenu en défense, une telle mesure ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général. » (CE 15 mars 2019, *Société anonyme gardéenne d'économie mixte (SAGEM)*, *Lebon* p. 63 ; concl. O. HENRARD, *BJCP* 2019. 189 ; J. DIETENHOEFFER, *Contrats-Marchés publ.* 2019 comm. 210 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2019. 2175 ; S. HUL, *ibid.* actu. 177 ; E. MAUPIN, *AJDA* 2019 p. 606 ; L. SOURZAT, *ibid.* p. 1459 ; P. VILLENEUVE, *AJCT* 2019 p. 294).

principe général du droit¹⁴⁷⁵. Sa méconnaissance justifie toujours l'annulation du contrat, quand bien même il n'aurait connu qu'un début d'exécution et aurait été rapidement résilié¹⁴⁷⁶. Le manquement peut cependant être évité. Comme le précisent en effet les auteurs de la chronique de droit des contrats publics, « les acheteurs publics [...] disposent des moyens d'assurer la régularité de la procédure, dont ils sont responsables. [...] L'acheteur peut assurer une procédure régulière en écartant de la procédure la personne en situation de conflit d'intérêts, dès qu'il a connaissance de ses liens avec l'un des candidats, c'est-à-dire au plus tard lors de la réception des candidatures »¹⁴⁷⁷.

Les trois catégories de vices sanctionnables par la disparition rétroactive du contrat administratif semblent donc constituer les vestiges de la conception originelle du principe de légalité. Bien que tirées d'un réel pouvoir de décision du juge, les conséquences de ces irrégularités sur la légalité de l'acte ne sont guère différentes de celles connues sous le régime de la nullité. La résolution du contrat demeure la sanction la plus sévère que le juge puisse infliger. De manière plus générale, le bouleversement provoqué par sa disparition, y compris prospective, est telle que le travail du juge ne se limite pas à identifier les irrégularités conduisant à l'extinction des relations contractuelles. La recherche de stabilité du contrat administratif se poursuit encore lorsqu'il doit considérer sa remise en cause. Aussi le juge de plein contentieux dispose de la faculté de modérer l'usage du pouvoir d'anéantissement du contrat.

¹⁴⁷⁵ CE, 14 octobre 2015, *SA Applicam Région Nord-Pas-de-Calais*, *Lebon T.* p. 747, concl. G. PELLISSIER, *BJCP* 2016 p. 34 ; S. BRACONNIER, *RDI* 2015 p. 581 ; O. DIDRICHE, *AJCT* 2016 p. 40 ; D. POUPEAU, *AJDA* 2015 p. 1955.

¹⁴⁷⁶ CAA Bordeaux, 22 février 2021, *Société Sea-Invest Bordeaux*, préc.

¹⁴⁷⁷ J. MARTIN, G. PELLISSIER et N. GABAYET, « Chronique de droit des contrats publics – Décisions de septembre à décembre 2021 (1^{ère} partie) », *JCP A* 2022 p. 2040.

§2. LA MODÉRATION DE L'USAGE DU POUVOIR D'EXTINCTION

La gravité de certaines irrégularités entachant la validité du contrat administratif oblige le juge à remettre en cause son existence. Mais la disparition de l'acte ayant vocation à demeurer exceptionnelle, elle ne peut s'envisager sans poser deux questions préalables. La première est de savoir si certaines considérations ne viennent pas, malgré tout, faire obstacle à l'anéantissement du contrat (**B**). Le cas échéant, une seconde question est soulevée : est-il possible d'ajuster l'usage du pouvoir d'extinction du contrat de sorte à tempérer ses effets (**A**) ?

A/ L'aménagement du pouvoir d'extinction du contrat

La première version du recours des tiers contre le contrat administratif limitait la modulation des effets de la disparition de l'acte à sa seule annulation¹⁴⁷⁸. Saisi par un concurrent évincé, il appartenait notamment au juge, « d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat »¹⁴⁷⁹. L'ouverture du recours en contestation de la validité du contrat à l'ensemble des tiers lui a offert la faculté de différer la disparition du contrat aussi bien lorsqu'elle est rétroactive que prospective¹⁴⁸⁰. Elle maintient en revanche le pouvoir de circonscrire l'anéantissement du contrat administratif à certaines de ses clauses aux seuls cas d'annulation, sans l'étendre aux hypothèses de résiliation¹⁴⁸¹. La décision *Tarn-et-Garonne*¹⁴⁸² affirme ainsi « qu'en présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il [revient au juge] de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, [...] soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice du consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité [qu'il] doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci »¹⁴⁸³. Aujourd'hui il est donc loisible au juge de pleine juridiction de moduler les effets de la disparition du contrat administratif dans le temps (1) et dans l'espace (2).

¹⁴⁷⁸ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

¹⁴⁷⁹ *Ibid.*

¹⁴⁸⁰ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁴⁸¹ *Ibid.*

¹⁴⁸² *Ibid.*

¹⁴⁸³ *Ibid.*

1. La modulation des effets de la disparition

La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif trouve son origine dans la décision *Association AC !* de 2004¹⁴⁸⁴, qui a pu irriguer le plein contentieux relatif aux contrats administratifs à la suite de l'affaire *Tropic Travaux*¹⁴⁸⁵. Bien qu'il soit possible de recenser ponctuellement quelques cas de résiliation d'un contrat avec effet différé dans le cadre du recours d'un concurrent évincé¹⁴⁸⁶, l'inflexion des effets temporels de la disparition pour le passé et pour l'avenir du contrat administratif est l'œuvre de l'arrêt *Béziers I*¹⁴⁸⁷. L'évolution du contentieux de l'acte détachable du contrat aura également contribué à la possibilité d'associer un effet différé à la résiliation du contrat dans le cadre du recours ouvert à l'ensemble des tiers. La jurisprudence *Ophrys*¹⁴⁸⁸ accorde en effet cette faculté au juge de l'exécution lorsqu'il décide d'enjoindre la personne publique de procéder à la résiliation de la convention¹⁴⁸⁹.

D'aucuns considèrent que de manière générale ce procédé « défigure l'annulation et finit par créer de nouvelles formes d'annulations platoniques »¹⁴⁹⁰. Sans doute la formule est-elle exagérée. Certes, l'effet différé est incompatible avec l'annulation telle que confondue avec conception la nullité, laquelle s'impose d'office. Elle conserve cependant sa caractéristique essentielle, à savoir son effet rétroactif. La critique peut encore avoir du sens si on se place sur le terrain du pur contentieux objectif de la légalité. Mais même le juge de l'excès de

¹⁴⁸⁴ CE Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, *Lebon* p. 197 ; concl. Ch. DEVYS, *ibid.* et *RFDA* 2004 p. 454 ; F. BERGUIN, *AJDA* 2004 p. 1219 ; J. BIGOT, *JCP A* 2004 p. 1826 ; J.-C. BONICHOT, *AJDA* 2004 p. 1049 ; O. DUBOS et F. MELLERAY, *DA* 2004 ét. 15 ; C. LANDAIS et F. LENICA, *AJDA* 2004 p. 1183 ; M. LOMBARD, *DA* 2004 comm. 115 ; B. MATHIEU, *Dalloz* 2004 p. 1603 ; J.-H. STAHL et A. COURRÈGES, *RFDA* 2004 p. 438.

¹⁴⁸⁵ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

¹⁴⁸⁶ V. par exemple, à propos de la résiliation avec effet différé d'un contrat administratif conclu avant la jurisprudence *Tarn-et-Garonne* (CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.) « eu égard à la nature de [l']illégalité et à la nécessité d'assurer la continuité du service de transports non urbain de voyageurs » : CAA Nancy, 26 septembre 2017, *Société Schiocchet Excursions*, n° 16NC00079 ; H. HOEPFFNER, *Contrats-Marchés publ.* 2017 comm. 292.

¹⁴⁸⁷ Saisi par les parties à un contrat administratif, il revient notamment au juge « de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, [...] la résiliation du contrat ou, [...] son annulation » (CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.).

¹⁴⁸⁸ CE, 21 février 2011, *Société Ophrys*, préc.

¹⁴⁸⁹ « Il appartient au juge de l'exécution [...] d'enjoindre à la personne publique de résilier le contrat, le cas échéant avec un effet différé » (*ibid.*). V. par exemple : CE, 5 juillet 2017, *Commune de La Teste-de-Buch*, concl. G. PELISSIER, *BJCP* 2017 p. 362 ; J.-D. DREYFUS, *AJCT* 2017 p. 628 ; D. RICCARDI, *AJDA* 2017 p. 2198.

¹⁴⁹⁰ C. LANTERO, « Sécurité juridique et mutation des annulations platoniques », *AJDA* 2019 p. 1100.

pouvoir doit tenir compte de l'impératif de la stabilité des situations juridiques. Ce n'est pas autre chose qui a motivé la modulation dans le temps des effets d'une annulation juridictionnelle¹⁴⁹¹. Le raisonnement est encore plus facilement transposable s'agissant de la résiliation puisqu'elle n'a pas hérité de la place de sanction de principe qu'on a essayé d'imposer à l'annulation. Dans ces conditions, il est davantage admissible de limiter ses effets, bien qu'elle n'emporte pas les mêmes conséquences qu'une disparition rétroactive.

Le contentieux contractuel administratif étant marqué du sceau de l'objectif de stabilité du contrat, le juge du contrat dispose légitimement du pouvoir d'agencer les effets de la suppression de l'acte conventionnel. Cette faculté est d'autant plus indispensable que l'ouverture de son prétoire à l'ensemble des tiers est susceptible de multiplier les chances de remise en cause du contrat administratif¹⁴⁹². Quelques exemples d'application de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*¹⁴⁹³ offrent l'opportunité d'identifier les raisons conduisant le juge du contrat à différer la suppression du contrat administratif de l'ordonnancement juridique. Le tribunal administratif de Rouen a ainsi prononcé la résiliation avec effet différé d'une concession attribuée à un candidat dont l'offre était irrégulière « compte tenu des délais inhérents à la passation d'une nouvelle convention et [de] la nécessité d'assurer la continuité du service public »¹⁴⁹⁴. Dans le domaine médical notamment, la cour administrative d'appel de Paris a assorti l'annulation d'un marché portant sur la fourniture de pièces détachées pour les laveurs désinfecteurs d'instruments de chirurgie ou de verrerie de laboratoire d'un effet différé « compte tenu de l'intérêt général qui s'attache à ce que les prestations qui sont l'objet de ce marché, indispensables à la sécurité des soins, ne soient pas interrompues »¹⁴⁹⁵. Elle avait d'ailleurs prononcé exactement la même sanction à l'encontre d'un marché de prestations de transports sanitaires par avion du SAMU « en raison de l'intérêt général s'attachant au maintien des missions d'évacuation »¹⁴⁹⁶. Le

¹⁴⁹¹ V. notamment en ce sens : J.-H. STAHL et A. COURRÈGES, « La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse », *RFDA* 2004 p. 438.

¹⁴⁹² Les conditions d'accès relatives aux tiers tempèrent toutefois cet effet. Proposition faite de les assouplir, la stabilisation des relations contractuelles dépendrait davantage du traitement des irrégularités, d'où l'intérêt d'un pouvoir de modulation dans le temps des effets de la disparition du contrat.

¹⁴⁹³ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁴⁹⁴ TA Rouen, 11 janvier 2022, *Société OGF*, n° 1903542 ; E. MULLER, *Contrats-Marchés publ.* 2022 comm. 87.

¹⁴⁹⁵ CAA Paris, 11 décembre 2018, *Société Steam France*, n° 17PA01588 ; M. UBAUD-BERGERON, *Contrats-Marchés publ.* 2019 comm. 38.

¹⁴⁹⁶ CAA Paris, 13 mai 2019, *Société Air Alizé*, n° 17PA00023.

tribunal administratif de Lille a également prononcé l'annulation avec effet différé d'un marché de fourniture de gaz à usage médical eu égard à la nécessité de garantir la continuité des soins¹⁴⁹⁷.

Il ressort de ces décisions que le report de la disparition du contrat administratif repose sur des motifs d'intérêt général. Lorsqu'ils ne suffisent pas à éviter la sanction, ils peuvent encore infléchir ses effets, de sorte à préserver ce pourquoi le contrat administratif a été conclu. L'analyse plus globale du pouvoir de modulation dans le contentieux contractuel fournit d'ailleurs de nombreux autres motifs d'intérêt général justifiant son usage¹⁴⁹⁸. Le juge du contrat semble jouir d'une certaine facilité à disposer de cette faculté, se contentant parfois de recourir à la modulation dans le temps des effets de la dissolution du contrat, sans préciser le motif d'intérêt général qui s'y attache. Même s'il est largement sous-entendu que le motif d'intérêt général résidait dans la continuité du service public de la santé, la cour administrative d'appel de Paris avait ainsi annulé avec effet différé un marché de fourniture de kits de dépistage immunologique du cancer colorectal et à la gestion de la solution d'analyse de ces tests depuis la réception des prélèvements jusqu'à la transmission des résultats « eu égard à l'intérêt qui [s'attachait] dans l'immédiat, à la poursuite de l'exécution du contrat »¹⁴⁹⁹. En tout état de cause, le pouvoir de modulation temporelle du juge du contrat est, pour reprendre les termes du Professeur Bertrand Seiller, un moyen d'assurer la sécurité juridique « par la limitation des effets du jugement »¹⁵⁰⁰. Ce n'est d'ailleurs pas le seul outil permettant de contenir les effets dévastateurs de l'extinction du contrat administratif.

2. *La circonscription des effets de la disparition*

Face à certaines irrégularités d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office et telle que les tiers-requérants peuvent les invoquer en dépit de l'absence de lien avec leur intérêt lésé, le juge de plein contentieux prononce alors la résolution du contrat

¹⁴⁹⁷ TA Lille, 12 novembre 2021, *SARL SOS Oxygène Distribution*, n° 1910804 ; E. MULLER, *Contrats et Marchés publics* 2022 comm. 65.

¹⁴⁹⁸ S. DOUTEAUD, *La stabilisation des contrats de l'administration*, préc., pp. 667-670 (à propos de la résiliation avec effet différé) et pp. 712-714 (à propos de l'annulation avec effet différé).

¹⁴⁹⁹ CAA Paris, 24 avril 2018, *Société GLBM*, n° 16PA03554 ; H. HOEPFFNER, *Contrats-Marchés publ.* 2018 comm. 174.

¹⁵⁰⁰ B. SEILLER, « Sécurité juridique et office du juge administratif », *RDP* 2016 p. 765.

administratif¹⁵⁰¹. Cette disparition rétroactive emporte avec elle l'ensemble des effets matériels et juridiques du contrat, réputé n'avoir jamais existé. Elle se solde par une remise en état de la situation précédant la conclusion, le plus souvent sur le terrain financier. De telles conséquences à la fois juridiques et matérielles motivent la recherche de solutions alternatives à l'annulation classique (intégrale) afin de limiter l'étendue de ses effets. Le premier pas franchi vers le bouleversement de l'office du juge du contrat administratif s'est donc accompagné de l'institution d'un pouvoir d'annulation partielle¹⁵⁰². Absent du recours en contestation de la validité du contrat réservé aux parties¹⁵⁰³, il a en revanche été confirmé en tant qu'instrument à disposition du juge du contrat à l'occasion de l'ouverture de son prétoire à l'ensemble des tiers¹⁵⁰⁴.

L'annulation partielle présente le grand avantage de purger le contrat administratif des irrégularités justifiant son effacement rétroactif de l'ordonnancement juridique, sans pour autant le faire disparaître dans son intégralité. Libéré de toute illégalité menaçant sa stabilité, il peut continuer de produire ses effets. Plus qu'une sanction ciblant la cause de l'illégalité du contrat administratif, l'annulation partielle est un moyen de le sécuriser définitivement.

On peut craindre qu'elle entraîne une modification juridictionnelle du contrat administratif, pourtant disparue de l'office du juge du contrat depuis la décision *Commune de Béziers I*¹⁵⁰⁵. La suppression de certaines clauses pourrait en effet conduire à la dénaturation du contrat dans sa forme initiale à laquelle les parties ont consenti. La modification du contrat par le juge aurait des allures d'ingérence, heurtant la commune volonté des parties. C'est pourquoi le pouvoir d'annulation partielle repose sur la théorie de la divisibilité¹⁵⁰⁶. Les clauses divisibles du contrat sont indépendantes de ce dernier, de sorte que leur illégalité ne contamine pas l'ensemble contractuel. Traditionnellement, on distingue deux sortes de clauses divisibles qui se différencient par leur méthode d'appréciation¹⁵⁰⁷. Selon une conception subjective de la divisibilité, qui repose sur la volonté des parties, sont

¹⁵⁰¹ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁵⁰² CE Ass., 16 juillet 2017, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

¹⁵⁰³ CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

¹⁵⁰⁴ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁵⁰⁵ CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

¹⁵⁰⁶ P. BOURDON, *Le contrat administratif illégal*, préc. pp. 448-460 ; S. DOUTEAUD, *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, préc., pp. 618-626.

¹⁵⁰⁷ *Ibid.*, spéc., n° 858 ; *ibid.*, spéc. n° 1978-1980.

indissociables du contrat les clauses déterminantes¹⁵⁰⁸ ou ayant présenté un caractère déterminant dans la conclusion du contrat¹⁵⁰⁹. Une appréhension objective de la théorie de la divisibilité conduit en revanche à considérer comme indivisibles du contrat les clauses essentielles à son économie¹⁵¹⁰ ou à son équilibre¹⁵¹¹. Au sein du contentieux contractuel administratif, la seconde conception semble l'emporter sur la première¹⁵¹².

En tout état de cause, le caractère divisible de certaines clauses du contrat administratif ne laisse aucune place à l'ambiguïté. Il en va ainsi par exemple des clauses indemnitaires des marchés de partenariat ou des contrats de concession qui, selon le Code de la commande publique, sont réputées divisibles des autres stipulations du contrat¹⁵¹³. De même, le Conseil d'État estime que « les clauses réglementaires d'un contrat sont par nature divisibles de l'ensemble du contrat »¹⁵¹⁴. Certes, ces dernières figurent toujours au nombre des actes détachables, dont la contestation relève du juge l'excès de pouvoir¹⁵¹⁵, mais dans l'hypothèse de leur intégration dans le champ d'application du recours « Tarn-et-Garonne »¹⁵¹⁶, leur annulation éventuelle n'emporterait par celle de l'ensemble du contrat administratif.

L'annulation partielle s'impose comme un pis-aller, lorsque la disparition du contrat administratif devient inévitable. La grande réforme du Code civil¹⁵¹⁷ l'a d'ailleurs érigé en sanction de principe d'un contrat irrégulier¹⁵¹⁸. Il en va de même dans le contentieux

¹⁵⁰⁸ CE, 29 décembre 2004, *Société SOCCRAM*, *Lebon T.* p. 762.

¹⁵⁰⁹ CE Sect., 9 décembre 1949, *Sieur Chami*, *Lebon* p. 542.

¹⁵¹⁰ CE Sect., 19 janvier 1934, *Ville de Noeux-les-Mines*, *Lebon* p. 99 ; C. MAUGÜÉ, *Concl. sur CE Sect.*, 14 avril 1999, *Syndicat des médecins libéraux et autres*, *RFDA* 1999 p. 1190.

¹⁵¹¹ B. GENEVOIS, *Concl. sur CE Sect.*, 25 mai 1979, *Madame Rabut*, *Lebon* p. 237.

¹⁵¹² V. en ce sens : S. DOUTEAUD, *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, préc., spéc., n° 1988-1991.

¹⁵¹³ Art. L. 2235-3 CCP : « Lorsqu'une clause du marché de partenariat fixe les modalités d'indemnisation du titulaire en cas d'annulation ou de résiliation du contrat par le juge, elle est réputée divisible des autres stipulations du contrat ».

Art. L. 3136-9 CCP : « Lorsqu'une clause du contrat de concession fixe les modalités d'indemnisation du concessionnaire en cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat de concession par le juge, elle est réputée divisible des autres stipulations du contrat ».

¹⁵¹⁴ CE Sect., 8 avril 2009, *Association Alcaly*, *Lebon* p. 112, concl. N. BOULOUIS, *ibid.* ; O. GUILLAUMONT, *JCP A* 2009 comm. 2215 ; W. ZIMMER, *Contrats-Marchés publ.* 2009 comm. 165.

¹⁵¹⁵ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc. ; CE, 30 juin 2016, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes* ; P. DEVILLERS, *Contrats-Marchés publ.* 2016 comm. 248.

¹⁵¹⁶ V. *supra*. p. 117 et s.

¹⁵¹⁷ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹⁵¹⁸ Art. 1184 C. civ. : « Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles ».

contractuel administratif¹⁵¹⁹. En effet, « lorsqu'il constate la nullité de certaines stipulations du contrat, il appartient au juge de s'interroger, le cas échéant d'office, sur le point de savoir si ces stipulations sont divisibles ou non du contrat afin de déterminer si leur nullité entraîne ou non celle du contrat »¹⁵²⁰. C'est encore l'objectif de stabilité des relations contractuelles qui justifie l'existence du pouvoir de circonscrire le champ d'application de l'annulation. La théorie de l'indivisibilité n'est finalement que le moyen de le mettre en œuvre. Si les effets de la résolution du contrat administratif n'étaient pas aussi dévastateurs, si le principe de légalité ne pliait pas face à la nécessité de préserver autant que faire se peut l'acte contesté, seule l'annulation intégrale serait prononcée « si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité »¹⁵²¹. Mais la continuité du service public et l'intérêt général appellent à la prudence et à la régulation des effets de la disparition rétroactive du contrat administratif. L'annulation partielle offre alors la possibilité de maintenir le contrat en effaçant ses clauses illicites. Les conséquences juridiques et matérielles (principalement financières) sont largement modérées par rapport à celles tirées d'une annulation totale du contrat. Dans ces conditions, nous ne voyons aucun obstacle à ce que le juge limite également la résiliation du contrat à certaines clauses lorsqu'elles sont divisibles. Une telle faculté profiterait également à la stabilité des relations contractuelles. Reste que le pouvoir d'annulation partielle a peu de chance d'être mobilisé par le juge du contrat administratif¹⁵²². Il demeure cependant un obstacle de taille à une éventuelle disparition du contrat – rétroactive ou non.

B/ L'encadrement du pouvoir d'extinction du contrat

Alors que la disparition du contrat administratif semble inévitable dans certaines hypothèses au regard des irrégularités qui l'affectent, il est encore possible de sauver *in extremis* le contrat. Envisager l'extinction des relations contractuelles suppose d'examiner préalablement et systématiquement les conséquences de celle-ci sur l'intérêt général. La décision *Tarn-et-Garonne*¹⁵²³ indique au juge du contrat de prononcer la résiliation ou

¹⁵¹⁹ S. DOUTEAUD, *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, préc., pp. 627-628.

¹⁵²⁰ CE, 19 décembre 2007, *Société Sogeparc-CGST-Compagnie générale de stationnement*, *Lebon T.* p. 945.

¹⁵²¹ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁵²² S. DOUTEAUD, *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, préc., pp. 628-634.

¹⁵²³ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

l'annulation « après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général »¹⁵²⁴. Cette précaution avait déjà été mise en place afin d'encadrer l'utilisation du pouvoir d'annulation du juge de plein contentieux depuis l'arrêt *Tropic Travaux*¹⁵²⁵. Mais l'idée de faire prévaloir l'intérêt général sur le principe de légalité dans le cas où le contrat aurait dû être frappé de nullité¹⁵²⁶ remontait en réalité au contentieux des actes détachables¹⁵²⁷.

Le principal apport de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*¹⁵²⁸ réside en réalité dans l'extension du champ d'application de la réserve d'intérêt général au pouvoir de résiliation du contrat, dans le cadre d'un recours initié par un tiers. Bien que le Conseil d'État eût opéré ce changement au sein de l'office du juge du contrat administratif saisi par une partie¹⁵²⁹, le transfert du déféré préfectoral dans le plein contentieux ne s'est toutefois pas accompagné de l'édification de la réserve d'intérêt général comme obstacle à la résiliation du contrat administratif¹⁵³⁰. Il aura donc fallu attendre l'ouverture du prétoire du juge du contrat à l'ensemble des tiers pour que cette modification soit parfaitement intégrée. On ne peut que se réjouir de la mise en place effective de ce moyen supplémentaire d'atteindre l'objectif de stabilité des relations contractuelles. Toute forme de disparition du contrat

¹⁵²⁴ *Ibid.*

¹⁵²⁵ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc. Solution également reprise sur ce point par la jurisprudence *Béziers I* (CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.) et *Ministre de l'Intérieur* (CE, 23 décembre 2011, *Ministre de l'Intérieur, Lebon* p. 662 ; concl. B. DACOSTA, *BJCP* 2012 p. 125 ; F. BRENET, *RJEP* 2012 comm. 25 ; A. CLAEYS, *DA* 2012 comm. 27 ; P. DELVOLVÉ, *RFDA* 2012 p. 683 ; M. QUYOLLET, *AJDA* 2012 p. 1064).

¹⁵²⁶ L'usage de la notion de « nullité » en lieu et place de celle « d'annulation » ou de « résolution » n'est pas anodin ici. La réserve d'intérêt général a en effet intégré le contentieux contractuel administratif (incluant celui des actes détachables) à l'époque où l'office du juge du contrat n'avait pas encore été réformé. V. note ci-dessous.

¹⁵²⁷ « Il appartient au juge de l'exécution, saisi d'une demande d'un tiers d'enjoindre à une partie au contrat de saisir le juge compétent afin d'en constater la nullité [...] de vérifier que la nullité du contrat ne portera pas, si elle est constatée, une atteinte excessive à l'intérêt général » (CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement (IRD)*, *Lebon* p. 501 ; concl. D. PIVETEAU, *ibid.*, *BJCP* 2004 p. 136 et *CJEG* 2004 p. 246 ; J.-D. DREYFUS, *AJDA* 2004 p. 394 et *RDI* 2004 p. 296 ; A. MÉNÉMÉNIS, *DA* 2004 comm. 59).

¹⁵²⁸ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁵²⁹ CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

¹⁵³⁰ CE, 23 décembre 2011, *Ministre de l'Intérieur*, préc. La solution peut sembler quelque peu paradoxale dans la mesure où, quelques mois plus tôt, le Conseil d'État affirmait que saisi afin de tirer les conséquences sur le contrat administratif de l'annulation d'un acte détachable, le juge de l'exécution pouvait notamment décider d'enjoindre à la personne publique de résilier le contrat « après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général » (CE, 21 février 2011, *Société Ophrys*, *Lebon* p. 54 ; F. BRENET, *DA* 2011 comm. 47 ; M.-C. DE MONTECLER, *AJDA* 2011 p. 356 ; R. NOGUELLOU, *RDI* 2011 p. 277 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2011 comm. 123 ; F. SCANVIC, *AJCT* 2011 p. 419).

administratif, qu'elle soit rétroactive ou seulement prospective, sera soumise à l'évaluation de son impact sur l'intérêt général. Cette disposition renforce encore le caractère administratif du contrat, conclu au nom de la satisfaction de l'intérêt public. Pour le dire autrement, comme le Professeur François Brenet : « cette notion [de réserve d'intérêt général] illustre à merveille le souci constant du juge administratif de prolonger la vie d'un contrat administratif dont l'exécution est indispensable pour répondre à certains besoins d'intérêt général »¹⁵³¹.

Un élément a été intégré à l'office du juge du contrat, mais un autre en a été extrait. Comment ne pas remarquer que la notion de droits des cocontractants est désormais absente des obstacles à l'extinction du contrat administratif ? Jamais exploitée par le juge du contrat¹⁵³², la réserve relative à une atteinte excessive aux droits des cocontractants n'aura existé qu'au sein du plein contentieux réservé aux tiers¹⁵³³, entre la décision *Tropic*¹⁵³⁴ et *Tarn-et-Garonne*¹⁵³⁵. L'extraction de cette notion à connotation subjective au profit de la notion objective d'intérêt général peut sembler là encore faire prévaloir le caractère administratif du contrat sur son caractère contractuel. Elle trahirait l'idée que le contrat administratif est davantage un instrument de politique publique au service de l'intérêt général que la chose des parties. Mais l'absence de la considération des droits des cocontractants s'explique surtout par son caractère superfétatoire. Dès lors qu'au moins une des parties est une personne publique (ou son représentant), les droits des cocontractants se confondent largement avec l'intérêt général¹⁵³⁶. Ainsi l'affirme le Professeur Olivier Guézou : « en pratique, cette précision n'avait guère de conséquences concrètes. Les droits du cocontractant public sont déjà largement protégés par la notion d'intérêt général et il est, en pratique, l'auteur direct de l'illégalité. S'agissant du

¹⁵³¹ F. BRENET, « Libre propos sur la « judiciarisation » du contrat administratif : un nouveau juge pour un nouveau contrat administratif ? » in *Mélanges Richer*, préc., p. 529.

¹⁵³² S. DOUTEAUD, *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, préc., pp. 564-565.

¹⁵³³ La notion était absente du recours en contestation de la validité du contrat réservé aux parties (CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.). Elle se retrouvait en revanche au sein du recours ouvert aux concurrents évincés (CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.) et du déféré préfectoral (CE, 23 décembre 2011, *Ministre de l'Intérieur*, préc.).

¹⁵³⁴ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc. ; CE, 23 décembre 2011, *Ministre de l'Intérieur*, préc.

¹⁵³⁵ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁵³⁶ « L'atteinte à l'intérêt général est depuis longtemps « appréciée au regard de l'ensemble des intérêts en présence », ce qui inclut nécessairement les droits des cocontractants. » (M. QUYOLLET, « Le juge, le chène et l'olivier », *AJDA* 2012 p. 1064).

cocontractant privé, ses droits ne devraient mériter protection que lorsqu'il ignorait, de manière excusable, l'illégalité du contrat. Or lorsque tel est le cas, il est probable que l'intérêt général aurait également suffi à protéger l'entreprise »¹⁵³⁷. La tentative de dissociation des droits des cocontractants de l'intérêt général s'expliquerait uniquement par l'intention de démontrer que lorsque le contrat administratif est remis en cause par un tiers, les intérêts des parties font l'objet d'une protection juridictionnelle. Il ne faut cependant pas se méprendre : c'est bien l'intérêt général, même caché derrière les droits des cocontractants, qui a toujours irrigué l'ensemble du contentieux contractuel tel qu'il a été réformé. La préservation du contrat administratif ainsi recherchée vise à assurer l'efficacité des politiques publiques et de l'action administrative. Ce n'est donc pas tant l'accord de volontés des parties qu'il convient de protéger que l'outil contractuel utilisé pour satisfaire l'intérêt général.

Au stade du bilan opposant la gravité de l'irrégularité entachant le contrat administratif et l'impact de disparition de l'ordonnement juridique, l'intérêt général peut prendre la forme de plusieurs motifs faisant obstacle à l'extinction des relations contractuelles. Le juge peut notamment prendre en compte « l'intérêt de l'exécution du contrat pour le service public, le degré d'exécution des prestations contractuelles [...] et les conséquences financières qu'aurait l'interruption du contrat »¹⁵³⁸. La notion d'intérêt général s'apprécie principalement à l'aune du principe de continuité du service public et des impératifs qui lui sont complémentaires.

À l'occasion de l'affaire *Cerba*¹⁵³⁹, le Conseil d'État n'a pas hésité à affirmer que « compte tenu de l'enjeu majeur de santé publique que représente le dépistage du cancer colorectal, qui est l'un des cancers les plus meurtriers en France, à l'objet du marché litigieux, qui s'inscrit dans le cadre d'un vaste programme de santé publique, et aux conséquences de l'interruption du service sur l'efficacité du programme de dépistage, la cour administrative d'appel de Paris a inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis en jugeant que l'annulation du contrat litigieux ne portait pas une atteinte excessive à l'intérêt général »¹⁵⁴⁰.

¹⁵³⁷ O. GUÉZOU, *Traité du contentieux de la commande publique*, préc., n° 285.

¹⁵³⁸ *Ibid.*, n° 287.

¹⁵³⁹ CE, 9 novembre 2018, *Société Cerba*, préc.

¹⁵⁴⁰ *Ibid.*

Le juge du fond avait en effet prononcé la résolution d'un marché de fournitures de kit de dépistage et de gestion de la solution d'analyse des tests estimant que « compte tenu de l'existence d'autres tests de dépistage aisément accessibles et de la circonstance que la campagne de prévention arrivait à son terme sans avoir obtenu les résultats escomptés, l'annulation du contrat ne pouvait être regardée comme portant une atteinte excessive à l'intérêt général et a prononcé son annulation »¹⁵⁴¹. De même, la nécessité de poursuivre des travaux de construction d'une maison de retraite afin d'assurer l'accueil de personnes âgées dépendantes justifie le maintien de l'exécution du marché¹⁵⁴². Dans le cadre du contentieux des actes détachables, le Conseil d'État avait également pu affirmer que le constat de nullité des conventions litigieuses porterait une atteinte excessive à l'intérêt général, eu égard « à l'état d'avancement des conventions en cause, à leur intérêt public, à l'expiration prochaine de l'autorisation d'exploitation de certaines des structures de traitement existantes et à la durée importante de la mise en place hypothétique de solutions de remplacement »¹⁵⁴³.

À l'inverse, l'exécution entière du contrat administratif, qui rend sans objet sa résiliation, n'est pas constitutive d'un motif d'intérêt général suffisant pour s'opposer à son annulation. Elle semble au contraire démontrer que l'intérêt général sera dans cette hypothèse préservé de toute atteinte excessive¹⁵⁴⁴. Dès lors en effet que le contrat a été exécuté dans son

¹⁵⁴¹ *Ibid.*

¹⁵⁴² CAA Nancy, 17 décembre 2012, *Société Bancel*, n° 11NC00416 (dans le cadre du recours réservé aux concurrents évincés). Toutefois dans cette affaire, la cour avait parallèlement estimé que les vices entachant le contrat étaient d'une « gravité relative ». Solution confirmée par : CE, 03 décembre 2014, *Société Bancel*, n° 366153 ; M. UBAUD-BERGERON, *Contrats-Marchés publ.* 2015 comm. 55 ; J.-B. VILA, *AJDA* 2015 p. 1222.

¹⁵⁴³ CE, 21 février 2011, *Société Veolia Propreté*, n° 335306.

¹⁵⁴⁴ CE 15 mars 2019, *Société anonyme gardéenne d'économie mixte (SAGEM)*, préc. « Il ne résulte pas de l'instruction que l'annulation du contrat, qui au demeurant a été entièrement exécuté à la date du jugement attaqué, porte une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants » (CAA Marseille, 10 octobre 2011, *Département de la Corse du Sud*, n° 09MA04637). V. également en ce sens : CAA Nancy, 7 février 2013, *Société Soprema*, n° 11NC01001. Le terme imminent du contrat administratif conduit au même constat : CAA Bordeaux, 5 juillet 2012, *Cabinet d'assurances Axa*, n° 11BX00828. Le fait que l'annulation du marché entièrement exécuté priverait un centre hospitalier de garanties post-contractuelles ne s'oppose pas non plus au prononcé de cette sanction : CAA Lyon, 24 novembre 2011, *Société Crystal*, n° 10LY02005. Il arrive cependant que le juge du contrat vérifie toute de même l'absence d'atteinte excessive à l'intérêt général de l'annulation d'un contrat entièrement exécuté, lorsqu'elle est la conséquence à tirer de l'irrégularité constatée : « eu égard au fait que les contrats litigieux ont été entièrement exécutés, la seule conséquence à tirer de l'irrégularité qui affecte leur mode de passation est d'en prononcer l'annulation, dès lors qu'il ne résulte pas de l'instruction que cette annulation serait de nature à porter une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants » (CAA Marseille, 4 juin 2012, *Société Azur Fêtes*, n° 09MA01928. Cette solution devrait cependant demeurer exceptionnelle dans la mesure où l'annulation n'a pas vocation à

intégralité, le juge semble considérer que la mission d'intérêt général ayant motivé sa conclusion est remplie. La remise en état de la situation antérieure à sa signature, dont la mise en œuvre se traduira nécessairement par des arrangements financiers entre les parties, ne devrait pas atteindre excessivement l'intérêt général.

En tout état de cause, certains auteurs révèlent une « sévérité du juge »¹⁵⁴⁵ dans la qualification du motif d'intérêt général s'opposant à la disparition du contrat administratif. Quelques espèces le confirment. Saisie dans le cadre du recours de plein contentieux ouvert aux tiers, la Cour administrative d'appel de Paris a estimé qu'il ne résultait pas de l'instruction « qu'eu à l'objet du marché, l'interruption de son exécution emporterait des conséquences excessives sur l'intérêt général »¹⁵⁴⁶ de nature à faire obstacle à la résiliation d'office du contrat¹⁵⁴⁷. Or il s'agissait tout de même d'un marché relatif aux prestations de services de sûreté aéroportuaire d'un aéroport international¹⁵⁴⁸. D'autres auteurs préfèrent faire état d'une « utilisation parcimonieuse »¹⁵⁴⁹ de la réserve. La prudence du juge à renoncer à l'usage d'un pouvoir sanctionnant les irrégularités les plus substantielles peut se comprendre aisément. L'impératif de stabilité des relations contractuelles ne permet pas de légitimer toute entrave au principe de légalité. Il faut alors concevoir la notion d'atteinte excessive à l'intérêt général comme un outil supplémentaire permettant au besoin le maintien du contrat administratif.

remplacer la résiliation dans l'hypothèse où le contrat vicié aurait été entièrement exécuté. À moins qu'il s'agisse ici d'une maladresse de langage de la part du juge administratif.

¹⁵⁴⁵ O. GUÉZOU, *Traité de contentieux de la commande publique*, préc., n° 288.

¹⁵⁴⁶ CAA Paris, 8 juillet 2016, *CCI de la Nouvelle-Calédonie*, n° 14PA03697.

¹⁵⁴⁷ *Ibid.*

¹⁵⁴⁸ *Ibid.*

¹⁵⁴⁹ S. DOUTEAUD, *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, préc., pp. 584-600.

CONCLUSION DU CHAPITRE

L'étude de l'office du juge du contrat administratif, en particulier dans le cadre du recours ouvert aux tiers¹⁵⁵⁰, révèle sans surprise l'ancrage de l'objectif de stabilité des relations contractuelles à tous les stades de l'instance. L'ensemble des pouvoirs du juge, qu'il s'agisse du pouvoir d'appréciation de la recevabilité du recours, du pouvoir d'évaluation de l'invocabilité des moyens ou encore des autres pouvoirs relatifs au traitement des éventuelles irrégularités entachant le contrat administratif, ont été conçus et pensés pour assurer la continuité du service public et la préservation de l'intérêt général. L'anéantissement du contrat administratif ne s'oppose d'ailleurs pas aux considérations d'intérêt général. Il ne nous semble pas en effet qu'un acte porteur d'une irrégularité justifiant sa résiliation ou sa résolution puisse satisfaire l'intérêt général¹⁵⁵¹. Sa fragilité constitue au contraire une menace pour la sécurité juridique, instaurant un environnement instable et contraire à l'efficacité des politiques publiques. Le caractère administratif du contrat est ainsi renforcé par la structure de l'office du juge de plein contentieux.

La préservation des relations contractuelles nécessite-t-elle pour autant l'activation de l'ensemble de ces leviers ? Proposition étant faite d'ouvrir davantage le prétoire du juge du contrat aux tiers¹⁵⁵², l'effort de stabilisation de l'acte contractuel devrait se concentrer plus en aval, c'est-à-dire au niveau de l'appréciation des conséquences à tirer d'une irrégularité et non au stade de la recevabilité ou de l'opérance des moyens. Or les pouvoirs relatifs au traitement des irrégularités suffiraient largement à atteindre cet objectif, le cas échéant après quelques ajustements.

¹⁵⁵⁰ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne* préc.

¹⁵⁵¹ « [II] ne faudrait pas que le balancier [sauvegarde de la légalité - maintien du contrat dans l'intérêt général] aille trop loin dans l'autre sens. En effet, l'intérêt général lui-même commande la suppression de l'acte illégal et il ne faut pas seulement prendre en compte le contrat en cause, mais aussi l'effet perversément incitatif que pourrait avoir un courant jurisprudentiel qui ferait trop largement prévaloir la survie du contrat sur la sanction de son illégalité » (O. GUÉZOU, *Traité de contentieux de la commande publique*, préc., n° 286).

¹⁵⁵² V. *infra*. p. 193 et s. Spéc. p. 227 et s.

CHAPITRE 2. LA REDÉFINITION DE L'OFFICE DU JUGE DU CONTRAT ADMINISTRATIF

L'office du juge du contrat administratif saisi par un tiers témoigne d'une prise de position assumée du Conseil d'État en faveur de la stabilité des relations contractuelles. Mais la finalité de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*¹⁵⁵³ est en réalité plus complexe. La sécurisation du contrat administratif par le juge de pleine juridiction contribue à la fois à la préservation de l'accord de volontés des parties ainsi qu'à la satisfaction de l'intérêt général pour lequel il a été conclu. Toutefois, dès lors que l'acte contractuel est un instrument au service de l'intérêt général, il faut en déduire que la stabilité des relations contractuelles se confond surtout avec celui-ci. Ainsi l'office du juge du contrat administratif saisi par un tiers est-il principalement consacré à la satisfaction de l'intérêt général poursuivie par le contrat mis en cause.

Partant de ce constat, deux séries de remarques méritent d'être soulevées. En premier lieu, l'office du juge du contrat administratif dans le cadre d'un recours « Tarn-et-Garonne » révèle quelques imperfections en matière de sécurité juridique, ce qui ne va évidemment pas dans le sens de l'intérêt général. En second lieu, la perspective d'une plus large ouverture du recours des tiers contre le contrat administratif exige d'étudier l'adaptation de l'office du juge aux conséquences qu'elle entraînerait sur la stabilité des relations contractuelles. Si l'accès des tiers au prétoire du juge du contrat est profitable à l'intérêt général, l'instabilité du contrat ne l'est pas. Ces considérations invitent alors à examiner les perspectives d'amélioration de l'office du juge du contrat saisi par un tiers, aussi bien lorsqu'il est affecté à la reconnaissance des irrégularités (**Section 1**) que lorsqu'il est consacré aux conséquences de celles-ci (**Section 2**).

¹⁵⁵³ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

SECTION 1. LE PERFECTIONNEMENT DE L'OFFICE DU JUGE DU CONTRAT CONSACRÉ À LA RECONNAISSANCE DE L'ILLÉGALITÉ

La faculté du juge à ignorer une partie des irrégularités entachant le contrat administratif à l'occasion du recours d'un tiers est incontestablement gage de sécurité juridique. Elle a principalement été acquise au prix d'une négation des effets du contrat administratif à l'égard des tiers, par la restriction de leur accès au prétoire du juge. Par conséquent, si la prise en compte des effets du contrat administratif sur les tiers suppose de leur ouvrir davantage le recours « Tarn-et-Garonne », elle conduirait nécessairement le juge de plein contentieux à reconnaître un plus grand nombre d'irrégularités affectant éventuellement le contrat. Contre toute attente, cette approche alternative de l'office du juge ne déstabiliserait cependant pas les relations contractuelles et présenterait au contraire plusieurs avantages (§2). Il serait en revanche davantage opportun d'octroyer au juge le pouvoir d'ignorer l'illégalité d'un contrat administratif au-delà d'un certain délai. Son office actuel se révèle en effet lacunaire sur ce point, ce qui représente une menace plus réelle pour la sécurité juridique (§1).

§1. LA LIMITATION DANS LE TEMPS DE LA RECONNAISSANCE DES IRRÉGULARITÉS

Au-delà de figurer parmi les conditions classiques de recevabilité d'un recours, celle relative au délai est également un outil à disposition du juge administratif lui permettant de calibrer temporellement l'ouverture de son prétoire et, le cas échéant, d'ignorer l'irrégularité d'un acte au nom de la sécurité des situations juridiques. Dans le cadre du recours des tiers contre le contrat administratif, le délai est donc une garantie juridictionnelle pour la continuité du service public et plus globalement l'intérêt général. Mais si le juge dispose d'une marge d'appréciation du déclenchement du délai de recours, il reste démuné du pouvoir d'en prononcer le terme, au détriment de la stabilité du contrat administratif (A). Il apparaît alors essentiel, au nom de l'intérêt général, de lui accorder cette faculté, comme le proposent certains juges du fond (B).

A/ L'omission d'un pouvoir de limitation du délai de recours : un risque pour la stabilité du contrat administratif

Le temps écoulé entre la conclusion du contrat administratif et son éventuelle contestation est un facteur d'insécurité juridique exponentielle. C'est la raison « la plus fondamentale »¹⁵⁵⁴ pour laquelle le rapporteur Didier Casas avait proposé, à l'occasion de l'affaire *Tropic*¹⁵⁵⁵, d'ouvrir un recours direct et unique contre le contrat administratif à l'ensemble des tiers justifiant de droits lésés¹⁵⁵⁶. Deux principales sources d'insécurité juridique avaient ainsi été identifiées. La première se situait dans la théorie des actes détachables. Les tiers au contrat administratif pouvaient en effet attaquer la décision de le signer¹⁵⁵⁷, dont le caractère virtuel dispensait l'administration d'une publication faisant courir le délai de recours en excès de pouvoir¹⁵⁵⁸. La seconde se trouvait au sein même du contentieux des actes détachables. L'enchaînement des voies de recours permettant de tirer les conséquences sur le contrat administratif de l'annulation de l'un de ses actes détachables ajoutait de longues périodes d'incertitude quant à l'avenir du contrat¹⁵⁵⁹. Suivant la proposition du rapporteur public¹⁵⁶⁰, le Conseil d'État avait alors enfermé le recours en

¹⁵⁵⁴ D. CASAS, Concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, *BJCP* 2007 p. 391 et *RFDA* 2007 p. 696.

¹⁵⁵⁵ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, *Lebon* p. 360 ; concl. D. CASAS, préc. ; P. CASSIA, *AJDA* 2007 p. 1964 ; P. COSSALTER, *DA* 2007 comm. 242 ; P. DELVOLVÉ, *RJEP* 2007 p. 327 ; F. LENICA et J. BOUCHER, *AJDA* 2007 p. 1577 ; F. MELLERAY, *RDP* 2007 p. 1383 ; F. MODERNE, *RFDA* 2007 p. 923 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, *CMP* 2007 repère 8 et 2008 repère 5 ; J.-P. PIETRI, *CMP* 2008 comm. 254 ; D. POUYAUD et M. CANEDO, *RFDA* 2007 p. 935 ; B. SEILLER, *JCP A* 2007 n° 38 p. 2227 ; M. TOUZEIL-DIVINA, *RGCT* 2008 n° 4 p. 16 ; M. UBAUD-BERGERON, *JCP* 2007 II p. 1016.

¹⁵⁵⁶ D. CASAS, Concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

¹⁵⁵⁷ CE Sect., 9 novembre 1934, *Chambre de commerce de Tamatave*, *Lebon* p. 1034.

¹⁵⁵⁸ « Dans la mesure où cette décision est virtuelle, il est rare qu'elle soit publiée. Or en l'absence de publication, les délais de recours ne courent pas, ce qui rend la décision de signer vulnérable sans limites de temps. Or à notre avis, on ne peut plus se satisfaire d'une telle insécurité juridique, menaçant les contrats pendant un temps infini, comme une épée de Damoclès pesant sur les parties. » (D. CASAS, Concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.).

¹⁵⁵⁹ « Du point de vue de la sécurité juridique, nous pensons que cette situation n'est pas tenable. Étant donné les délais dans lesquels les annulations d'actes détachables peuvent intervenir, délais auxquels s'ajoutent ceux inhérents à la procédure d'exécution puis à celle devant le juge du contrat, les constatations de nullité peuvent intervenir fort tard. » (*Ibid.*).

¹⁵⁶⁰ « Pour les raisons de sécurité juridique que nous évoquons plus haut, il nous paraît indispensable de préciser des règles de délai de recours permettant d'abrégé de façon raisonnable la période pendant laquelle les contrats pourraient être exposés à de possibles actions des tiers. Nous vous proposons de juger que l'action ne serait recevable que si elle est exercée dans le délai de droit commun de deux mois prévu à l'article R. 421-1 du code de justice administrative à compter de l'accomplissement de mesures de publicité appropriées. » (*Ibid.*).

contestation de la validité du contrat, qu'il avait toutefois ouvert aux seuls concurrents évincés, dans le délai de droit commun de « deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicités appropriées »¹⁵⁶¹.

L'élargissement de l'accès au prétoire du juge du contrat à l'ensemble des tiers n'a pas été motivé différemment. La politique des petits pas adoptée par le Conseil d'État, consistant à ne proposer un recours direct contre le contrat administratif qu'à une catégorie spécifique de tiers, s'est révélée insatisfaisante du point de vue de la sécurité juridique. Le maintien du contentieux des actes détachables a eu pour conséquence inévitable de faire perturber la menace planant sur le contrat administratif. Le phénomène a largement été dénoncé par le rapporteur public Bertrand Dacosta lors de l'affaire *Tarn-et-Garonne*¹⁵⁶². Il soulignait notamment : « contrairement aux apparences, ce parcours d'obstacles imposé aux tiers « lambda » n'est pas, ou en tout cas peut ne pas être, protecteur des intérêts de la personne publique contractante. En effet, il présente le risque structurel de retarder le moment où le contentieux sera purgé. [...] Des contrats administratifs en cours d'exécution, dont la décision de signature a fait l'objet d'une annulation, demeurent ainsi sous la menace que le tiers auteur du premier recours, voire un autre, prenne à tout moment l'initiative de saisir le juge de l'exécution »¹⁵⁶³. Le rapprochement des délais de recours avec l'instabilité parfois permanente du contrat administratif a conduit à l'unification définitive des voies d'actions dont disposaient les tiers, au profit d'un recours de plein contentieux également ouvert dans les deux mois suivant « l'accomplissement des mesures de publicités appropriées »¹⁵⁶⁴.

¹⁵⁶¹ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

¹⁵⁶² CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁵⁶³ Concl. B. DACOSTA sur CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, *Lebon* p. 70, *BJCP* 2014 p. 204 et *RFDA* 2014 p. 425. « Certes, tel ne sera pas toujours le cas : dans l'hypothèse où des conclusions aux fins d'annulation et d'injonction sont présentées simultanément, et où le juge rejette les secondes, il n'y a pas d'allongement des délais par rapport à une saisine directe du juge du contrat. En revanche, si le juge de l'exécution enjoint de saisir le juge du contrat, une nouvelle phase contentieuse s'engage. Surtout, le requérant qui aurait une stratégie contentieuse consistant à faire planer le plus longtemps possible une incertitude sur le sort du contrat peut décider de saisir d'abord le juge de l'annulation (le cas échéant sans délai si l'acte détachable n'a pas fait l'objet de mesures de publicité suffisante), puis, dans un second temps seulement, le juge de l'injonction. Et il peut aussi choisir de s'en abstenir, faisant ainsi peser une menace permanente sur le contrat. Les dispositions de l'article L. 911-4 du code de justice administrative (CJA), aux termes desquelles, « en cas d'inexécution d'un jugement ou d'un arrêt, la partie intéressée peut demander au tribunal administratif ou à la cour administrative d'appel qui a rendu la décision d'en assurer l'exécution », n'enserrent pas dans un délai maximal l'exercice de cette faculté. » (*Ibid*).

¹⁵⁶⁴ CE Ass., 04 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

Le délai de recours est un gage de sécurité juridique¹⁵⁶⁵ qui s'impose en principe de manière automatique. Il s'agit d'une condition de recevabilité qui fait l'objet d'une appréciation objective du juge administratif. De deux choses l'une : soit le délai court encore et la requête est recevable, soit le délai est expiré et la requête est irrecevable¹⁵⁶⁶. Nous avons cependant démontré qu'il s'agit également d'un outil intégré à l'office du juge du contrat administratif saisi par un tiers¹⁵⁶⁷. La sécurisation du contrat par le juge dépend en effet de la reconnaissance d'un acte constitutif du point de départ du délai de recours. La responsabilité du juge du contrat s'exerce par le pouvoir d'appréciation dont il dispose afin de qualifier les mesures de publicité comme étant « appropriées »¹⁵⁶⁸. Dans l'hypothèse où ce caractère n'est pas reconnu, en cas d'insuffisance ou d'absence totale de publicité, le délai de recours dont disposent les tiers pour contester la validité du contrat administratif continue de courir indéfiniment. Sur ce point, l'office du juge de plein contentieux s'accommode mal avec l'impératif de stabilité des relations contractuelles. Si le juge du contrat dispose en effet de la faculté de constater le point de départ du délai de recours, il ne jouit pas pour autant du pouvoir de prononcer son échéance. Or plusieurs situations dans lesquelles le recours des tiers contre le contrat administratif ne craint pas la forclusion sont susceptibles d'être rencontrées.

Tout d'abord, en dépit d'une appréciation souple du caractère approprié des mesures de publicité, favorable au déclenchement du délai de recours¹⁵⁶⁹, le juge reste attaché à la présence d'un « avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation »¹⁵⁷⁰. La cour administrative d'appel de Bordeaux a ainsi estimé qu'un simple courrier informant le candidat évincé du rejet de son offre et la mention sur internet de la

¹⁵⁶⁵ V. notamment en ce sens : C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, 10^e éd., LGDJ, 2022-2023, p. 119, §135 ; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., Montchrestien, 2008, p. 611, n° 688 ; O. GUÉZOU, *Traité du contentieux de la commande publique*, 2^e éd., Le Moniteur, 2018, p. 163, n° 242.

¹⁵⁶⁶ « La plus évidente des conséquences de l'expiration du délai de recours contre un acte est, évidemment, l'irrecevabilité du recours exercé postérieurement. L'acte devient définitif et acquiert l'autorité de chose décidée. » (B. SEILLER et M. GUYOMAR, *Contentieux administratif*, 6^e éd., Dalloz, 221, p. 367 n° 709).

¹⁵⁶⁷ V. *supra*. p. 266 et s.

¹⁵⁶⁸ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁵⁶⁹ L'avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat administratif, sans en préciser la date, ainsi que les modalités de sa consultation, en se bornant à indiquer les coordonnées du service responsable de la procédure de passation est constitutif d'une mesure de publicité appropriée : CE, 3 juin 2020, *Centre hospitalier d'Avignon*, n° 428845 ; J. DIETENHOEFFER, *Contrats-Marchés publ.* Août 2020 comm. 243 ; S. HUL, *JCP A* n° 27 2020 p. 2194 ; M.-C. DE MONTECLER, *AJDA* 2020 p. 1146.

¹⁵⁷⁰ CE Ass. 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

finalisation en cours du contrat « ne sauraient être regardées comme des mesures de publicité appropriées de nature à faire courir le délai de recours contentieux de deux mois dans lequel pouvait être exercée la contestation de la validité du contrat »¹⁵⁷¹. Le non-respect des modalités de publicité exigées par la loi constitue donc l'une des sources principales d'instabilité des relations contractuelles. Plusieurs dispositions du Code de la commande publique exigent en effet la publication d'un avis d'attribution pour la grande majorité des contrats administratifs, qu'il s'agisse de marchés publics¹⁵⁷² (y compris de défense et de sécurité¹⁵⁷³) ou de concessions¹⁵⁷⁴. Dans la mesure où ces documents doivent être établis conformément aux modèles fixés par le règlement d'exécution (UE) 2015/1986 de la Commission du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics¹⁵⁷⁵, les acheteurs ou concédants devraient pouvoir éviter le défaut de mesure de publicité appropriée au sens de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*¹⁵⁷⁶. Malgré tout, une erreur au stade de la procédure de publicité n'est pas exclue et peut ainsi menacer la sécurité juridique du contrat en raison de l'absence de déclenchement du délai de recours.

Par ailleurs, certains contrats échappant au formalisme de la commande publique, leur conclusion ne fait l'objet d'aucune publicité particulière. Il en va ainsi de l'ensemble des marchés et concessions dont le montant est inférieur aux seuils européens figurant dans l'avis annexé au Code de la commande publique¹⁵⁷⁷. C'est également le cas des contrats « à la marge de la commande publique »¹⁵⁷⁸, comme les conventions d'occupation du domaine public et, de ceux qui en sont « exclus »¹⁵⁷⁹, tels que les conventions de subvention. La dispense de mesure de publicité mentionnant la conclusion et les modalités de consultation de ces contrats place ces derniers en situation d'instabilité juridique. En l'absence de toute

¹⁵⁷¹ CAA Bordeaux, 22 février 2021, *Société Sea-Invest Bordeaux*, n° 18BX03381 ; H. HOEPPFNER, *Contrats-Marchés publ.* 2021 comm. 149 ; F. LINDITCH, *JCP A* 2021 p. 2116.

¹⁵⁷² Arts. L. 2183-1 et R. 2183-1 à R. 2183-7 CCP.

¹⁵⁷³ Arts. L. 2381-1 et R. 2383-1 à 2383-3 CCP.

¹⁵⁷⁴ Arts. L. 3125-2 ; R. 3125-6 et R. 3125-7 CCP.

¹⁵⁷⁵ Art. R. 2183-2 CCP pour les marchés publics ; art. R. 2383-2 CCP pour les marchés de défense ou de sécurité ; art. R. 3125-6 CCP pour les concessions.

¹⁵⁷⁶ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁵⁷⁷ Arts. R. 2183-1, R. 2383-1, R. 3125-6, R. 3126-13 et R. 3221-2 CCP.

¹⁵⁷⁸ H. HOEPPFNER, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., Dalloz, 2019, pp. 231-278.

¹⁵⁷⁹ *Ibid.*, pp. 279-295.

initiative de l'administration rendant accessibles ces informations, le délai de recours ne se déclenchera pas.

On peut recenser enfin un dernier cas de figure dans lequel la stabilité des relations contractuelles peut être menacée indéfiniment par une éventuelle contestation d'un acte modificatif du contrat à l'initiative d'un ou de plusieurs tiers¹⁵⁸⁰. L'insécurité juridique provoquée par le défaut de publicité d'une modification du contrat administratif est indéniable. Mais s'agissant des actes unilatéraux modificatifs, le danger n'est pas tant lié à l'absence de support approprié qu'aux inconvénients bien connus du contentieux des actes détachables. Le Conseil d'État a d'ailleurs eu l'occasion de confirmer que la contestation par les tiers de l'acte unilatéral de modification du contrat ressortait de la compétence du juge de l'excès de pouvoir¹⁵⁸¹. La contestabilité des modifications conventionnelles dans le cadre d'un recours de pleine juridiction est en revanche susceptible de perdurer dans le temps à défaut de mesure de publicité appropriée¹⁵⁸². L'ensemble des avenants conclus à compter de la lecture de la décision *Tarn-et-Garonne*¹⁵⁸³ doivent être attaqués devant le juge du contrat administratif¹⁵⁸⁴. Les conditions de déclenchement du délai de recours à leur encontre sont donc les mêmes que celles exigées pour faire courir le délai de recours contre n'importe quel contrat administratif. La contestation d'un avenant ne remet cependant pas en cause le contrat initial. Aussi le risque d'instabilité provoqué par un défaut de publicité de la conclusion d'un avenant doit être appréhendé comme celui encouru par tous les contrats administratifs, à ceci près que les règles relatives à leur publication sont moins exigeantes¹⁵⁸⁵. Cette latitude laissée à l'administration présente donc l'inconvénient d'encourager l'absence de déclenchement du délai de recours.

¹⁵⁸⁰ M. RUOCCO-NARDO, « Le support approprié de publicité de l'acte modifiant le contrat administratif : prévenir le risque de contentieux à l'initiative des tiers », *Gaz. IDPA* 2021 p. 5.

¹⁵⁸¹ CE, 18 mai 2021, *Association française indépendante de l'électricité et du gaz*, n° 434438 ; E. MULLER, *Contrats-Marchés publ.* 2021 comm. 260 ; J.-M. PASTOR, *AJDA* 2021 p. 1064.

¹⁵⁸² V. notamment en ce sens : S. HUL, « Recours Tarn-et-Garonne et contestation des avenants : modalités d'application dans le temps », *JCP A* 2021 p. 2010 ; M. RUOCCO-NARDO, « Le support approprié de publicité de l'acte modifiant le contrat administratif : prévenir le risque de contentieux à l'initiative des tiers », préc.

¹⁵⁸³ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁵⁸⁴ CE, 20 novembre 2020, *Association Trans'Cub, Lebon T.* p. 842 ; concl. M. LE CORRE, *BJCP* 2021 p. 141 ; J.-D. DREYFUS et A. BERGEAUD, *AJCT* 2021 p. 92 ; G. ECKERT, *Contrats-Marchés publ.* 2021 comm. 62 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2020 act. 674 ; S. HUL, *JCP A* 2021 p. 2010.

¹⁵⁸⁵ Arts. R. 2194-10 et R. 3135-10 CCP.

En tout état de cause, le juge n'est pas responsable du caractère perpétuel du recours des tiers contre le contrat administratif dont la publicité ne répond pas aux exigences de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*¹⁵⁸⁶. Il est en revanche garant de la stabilité des relations contractuelles. À ce titre, ne pourrait-il pas exercer un pouvoir de contrôle, non pas sur le point départ du délai de recours, mais sur son point final ?

B/ L'instauration d'un pouvoir de limitation du délai de recours : un gage de stabilité du contrat administratif

La finalité du délai de recours se situe dans le point d'équilibre entre le droit au recours des justiciables et la sécurité des situations nées des actes juridiques. Le Président Odent soulignait : « l'existence d'un délai de recours correspond à une double idée ; d'une part, il faut laisser aux justiciables un laps de temps qui leur permette [...] de réfléchir, de se renseigner, de se faire une opinion sérieuse sur la valeur juridique de cette décision et sur les chances qu'ils peuvent avoir d'en obtenir la réformation ou l'annulation. [...] Mais d'autre part, l'intérêt général exige que la stabilité des situations administratives ne puisse être discutée que pendant un bref délai : le fonctionnement normal des services publics risquerait d'être entravé si les menaces d'annulation pesaient trop longtemps sur l'administration »¹⁵⁸⁷.

Une mesure de publicité appropriée du contrat administratif telle que conçue par le Conseil d'État¹⁵⁸⁸ déclenche le délai de recours parce qu'elle est censée avoir porté à la connaissance des tiers intéressés l'existence de l'acte potentiellement litigieux (sa conclusion¹⁵⁸⁹) ainsi que les moyens d'accéder à son contenu (les modalités de sa consultation¹⁵⁹⁰). C'est la raison pour laquelle un défaut de publicité du contrat administratif provoque la paralysie du délai de recours permettant de contester sa validité. En principe, le tiers n'ayant pas eu connaissance de la conclusion d'un contrat ne peut être averti du préjudice éventuel qu'il peut lui causer. Il n'est pas exclu que ce soit l'exécution du contrat qui alerte le justiciable sur son existence. Comme il n'est d'ailleurs pas exclu qu'une mesure

¹⁵⁸⁶ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁵⁸⁷ R. ODENT, *Contentieux administratif*, Dalloz, rééd. 2007, vol. I, p. 821.

¹⁵⁸⁸ *Ibid.*

¹⁵⁸⁹ *Ibid.*

¹⁵⁹⁰ *Ibid.*

de publicité considérée comme appropriée suffise à informer l'ensemble des personnes hypothétiquement intéressées par la conclusion du contrat administratif ou à les informer avant l'expiration du délai de recours de droit commun. L'objet du débat ne porte cependant pas sur la nature des mesures de publicité pouvant être considérées comme portant efficacement à la connaissance des tiers la conclusion du contrat administratif¹⁵⁹¹. La question est de savoir comment assurer la stabilité des relations contractuelles nées d'un acte dont la publicité n'est pas reconnue comme appropriée.

À l'évidence, la sécurité juridique commande d'échoir le délai pendant lequel les tiers disposent de la faculté de contester le contrat administratif. L'exécution de ce dernier ne peut raisonnablement être remise en cause indéfiniment. Reste à déterminer la durée du délai de recours résultant de la mise en balance du droit au recours et de la stabilité du contrat administratif. Le périmètre de recherche du délai adéquat pourrait se diviser en plusieurs secteurs définis par la qualité du tiers-requérant ayant finalement eu connaissance du contrat administratif qu'il entend contester. Le délai de recours en l'absence de mesures de publicités appropriées serait plus ou moins long selon les moyens à disposition du tiers pour être informé de la passation du contrat. Concrètement, les élus locaux ou les membres des organes consultatifs¹⁵⁹² bénéficieraient du délai de recours le moins important, puisqu'ils sont les plus à même d'être informés des engagements de la collectivité. Le délai de recours offert au préfet serait pour des raisons similaires sensiblement identiques. Les opérateurs économiques profiteraient en revanche d'un temps plus long. Bien qu'en principe avertis des actualités concernant leur secteur d'activités, l'absence de mesure de publicité appropriée revient à pénaliser les principaux tiers-requérants, en particulier lorsqu'elle s'ajoute à un manque de transparence de la procédure de passation. Les autres tiers, davantage livrés à eux-mêmes, jouiraient d'un délai de recours encore plus favorable. Si un concurrent évincé a pu éprouver des difficultés à avoir connaissance d'un contrat administratif, les chances pour un contribuable ou un usager du service public d'apprendre son existence sont encore plus minces, sinon nulles. Poussée à son paroxysme, cette

¹⁵⁹¹ Pour une proposition de support approprié des mesures de publicité, en particulier des actes modificatifs du contrat administratif, v. : M. RUOCCO-NARDO, « Le support approprié de publicité de l'acte modifiant le contrat administratif : prévenir le risque de contentieux à l'initiative des tiers », préc.

¹⁵⁹² Si on les inclut dans la catégorie de personnes recevables à contester le contrat administratif. V. : *supra* p. 227 et s.

approche subjective de la limitation du délai de recours se baserait non pas sur la qualité du tiers-requérant, mais sur sa situation individuelle. L'option ici présentée serait la plus juste. Elle tiendrait compte de la réalité de l'iniquité d'accès aux informations relatives à la conclusion des contrats administratifs. Elle n'est pourtant pas celle que nous proposons de retenir.

Que l'évaluation du délai de recours maximal en l'absence de mesure de publicité appropriée dépende de la qualité du tiers-requérant ou de sa propre situation, elle vient percuter le principe de sécurité juridique. Il existerait autant de délais de recours que de catégories de tiers-requérants, voire d'individus concernés. L'objectif de stabilité des relations contractuelles ne résisterait pas à une telle incertitude. Il convient par conséquent de déterminer une limite unique et commune à tous les tiers du délai de recours contre un contrat administratif dont la conclusion et les modalités de consultation n'ont pas fait l'objet de mesures de publicité appropriées au sens de la décision *Tarn-et-Garonne*¹⁵⁹³. Or la cour administrative de Marseille a récemment eu l'occasion de proposer d'étendre à cette hypothèse¹⁵⁹⁴ la jurisprudence *Czabaj*¹⁵⁹⁵ fixant à un an le délai raisonnable au-delà duquel un acte ne plus être attaqué devant le juge¹⁵⁹⁶. L'applicabilité originelle de la solution au recours en excès de pouvoir contre une décision individuelle irrégulièrement notifiée ne semble pas faire obstacle à une confirmation de l'arrêt de la cour administrative d'appel par le Conseil d'État. Ce dernier, afin d'enfermer le recours des concurrents évincés puis des tiers dans le délai de droit commun de deux mois issu de l'article R. 421-1 du code de justice administrative¹⁵⁹⁷, n'a pas hésité à assimiler le contrat administratif à une décision¹⁵⁹⁸. L'intégration de la notion de délai raisonnable au sein du contentieux contractuel réservé aux tiers présenterait ainsi l'avantage de sécuriser la situation juridique née du contrat

¹⁵⁹³ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁵⁹⁴ Il s'agissait plus précisément d'un recours « Tropic », mais la solution vaut également pour un recours « Tarn-et-Garonne ».

¹⁵⁹⁵ CE Ass., 13 juillet 2016, *Czabaj, Lebon* p. 340 ; concl. O. HENRARD, *RFDA* 2016 p. 927 ; L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, *AJDA* 2016 p. 1629 ; G. ÉVEILLARD, *DA* 2016 comm. 63 ; O. LE BOT, *JCP A* 2017 p. 2053 ; H. PAULIAT, *JCP A* 2016 p. 2238 ; M.-C. ROUAULT, *AJCT* 2016 p. 572.

¹⁵⁹⁶ CAA Marseille, 25 avril 2022, *SAS Seateam Aviation*, n° 19MA05387, concl. R. THIELÉ, *AJDA* 2022 p. 1516 ; P. REES, *Contrats-Marchés publ.* 2022 comm. 221.

¹⁵⁹⁷ Art. R. 421-1 CJA : « La juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée. ».

¹⁵⁹⁸ « Concernant le délai, nous ne croyons pas impossible, dans le cadre de ce recours exceptionnel des tiers, de considérer les contrats comme des « décisions » au sens de l'article R. 421-1. » (D. CASAS, Concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux: Signalisation*, préc.).

administratif en l'absence de mesures de publicité mentionnant à la fois sa conclusion et les modalités de sa consultation, tout en laissant aux tiers un temps suffisant pour prendre connaissance de l'acte. La négligence de la personne publique ne serait plus sanctionnée d'une possible remise en cause perpétuelle du contrat administratif. L'installation de ce verrou de sécurité serait d'autant plus opportune si l'accès des tiers au prétoire du juge du contrat était élargi. Or il nous semble que l'utilisation du temps comme outil de stabilisation des relations contractuelles, telle que proposée ci-dessus, est visiblement plus pertinente que celle qui est faite actuellement des conditions d'ouverture du recours relatives aux tiers-requérants.

§2. LA MULTIPLICATION PAR LES CONDITIONS RELATIVES AU REQUÉRANT DES RECONNAISSANCES D'IRRÉGULARITÉS

Du point de vue de l'office du juge, les conditions d'ouverture du recours des tiers contre le contrat administratif exigées du requérant figurent parmi les outils stabilisateurs des relations contractuelles. Elles permettent au juge de passer outre les irrégularités entachant l'acte contractuel. Mais dans la mesure où les effets du contrat administratif à l'égard des tiers justifient largement que les modalités d'accès au prétoire du juge de plein contentieux s'inscrivent dans une dimension plus objective, leur révision s'accompagnerait inévitablement d'une multiplication des hypothèses dans lesquelles l'irrégularité du contrat serait reconnue. La nouvelle approche de l'intérêt à agir des tiers franchirait le premier pas vers le débat relatif à la légalité du contrat, tandis qu'une autre appréhension des moyens invocables favoriserait l'examen du bien-fondé des vices invoqués. Pour autant, ce changement de paradigme révélerait bien des avantages, à commencer par le renforcement de la légitimité de l'action de l'administration (**A**). Par ailleurs, les conditions dans lesquelles elle se déroule en ressortiraient davantage sécurisées (**B**).

A/ Une légitimation de l'action administrative

Il a été démontré qu'en l'état, les conditions d'ouverture du recours contre le contrat administratif auxquelles les tiers doivent répondre figurent en première ligne des moyens mis à disposition du juge afin d'assurer la stabilité des relations contractuelles. L'appréciation stricte de l'intérêt à agir et des moyens invocables conduit à ériger une barrière de sécurité autour du contrat administratif, le préservant d'un certain nombre de contestations potentielles par un effet dissuasif ou contribuant à évacuer prématurément le débat relatif à sa légalité. Dans ce cas de figure, le juge choisit d'ignorer l'existence éventuelle de vices affectant le contrat administratif. Mais il a également été établi au préalable que ces modalités d'accès des tiers au prétoire du juge conduisent à une négation des effets du contrat à leur égard et, par conséquent, à une réfutation de son caractère administratif. C'est ici que réside l'intérêt de réviser ces conditions dans le sens d'une approche plus objective de l'ouverture du recours « Tarn-et-Garonne ». Le juge du contrat administratif pourrait faire un usage différent de l'intérêt à agir des tiers-requérants, ainsi que des moyens invocables, sur la base d'une nouvelle configuration reposant sur la qualité du tiers. Celle-ci justifierait d'un intérêt à contester le contrat administratif et déterminerait également l'invocabilité des moyens. La pertinence de cette proposition ne découle pas seulement d'un renforcement du droit au recours des tiers à l'égard desquels le contrat emporte des effets, ainsi que d'une consolidation de la dimension publique de ce dernier. Elle réside également dans la légitimation de l'action administrative, laquelle dépend de sa légalité.

La préservation du contrat administratif par la fermeture du prétoire du juge s'accommode mal avec le principe de légalité. Le Professeur Chapus soulignait que «[si], toutefois, contrats comme décisions peuvent ne pas satisfaire aux exigences de la légalité, le principe est qu'ils sont *présumés légaux*, tant qu'ils n'ont pas été appréciés comme ne l'étant pas par l'autorité compétence, et notamment par le juge administratif »¹⁵⁹⁹. L'ignorance par le juge de plein contentieux d'une irrégularité éventuelle affectant le contrat administratif instaure ainsi une présomption de légalité d'un acte potentiellement illégal. Dans l'absolu, cette violation est justifiée par un souci d'efficacité des politiques publiques, qu'il convient de ne pas perturber excessivement. Mais l'est-elle encore au regard de la légitimité de l'action

¹⁵⁹⁹ R. CHAPUS, *Droit administratif général – Tome 1*, 15^e éd., Montchrestien, 2001, n° 1198.

administrative ? La réponse à cette question requiert un bref rappel du fondement du principe de légalité.

Le Professeur Benoît Plessix nous enseigne que la soumission de l'administration au respect de la loi (au sens large¹⁶⁰⁰) trouve son origine dans son rapport avec le pouvoir exécutif¹⁶⁰¹. L'administration constitue en effet le bras armé de l'exécutif¹⁶⁰². Or ce dernier se trouve « politiquement [...] une situation juridique inférieure, subordonnée, secondaire »¹⁶⁰³ par rapport au pouvoir législatif à travers lequel s'exerce la souveraineté nationale¹⁶⁰⁴. Dès lors que l'administration est « une projection [...] de l'action concrète »¹⁶⁰⁵ d'un pouvoir exécutif ainsi relégué « dans une situation juridique subordonnée et seconde, il en résulte *a fortiori* que l'Administration n'a aucun caractère de représentation ; elle ne possède aucune puissance juridique initiale, aucun pouvoir d'action spontané, aucune énergie agissante inconditionnée. Le principe de légalité prend alors tout son sens : c'est à la fois une habilitation et une règle de non-contradiction »¹⁶⁰⁶. S'agissant de la seconde acception du principe, qui intéresse ici notre étude, le Professeur Benoit Plessix précise « [qu'une] fois [l']habilitation accordée, l'action de l'Administration doit s'accomplir *dans le cadre tracé* par les règles de droit qui l'habilitent à agir ; elle doit agir dans le respect des règles de droit préalablement établies et portées à la connaissance de leurs destinataires ; son action ne doit être *contraire* à aucune règle de droit connue, ne doit en

¹⁶⁰⁰ « En droit administratif français, même si au XXI^e siècle le droit ne se réduit plus à loi, le principe de légalité conserve encore l'empreinte des idéaux du droit public français dans le cadre duquel il a été conçu. » (B. PLESSIX, *Droit administratif général*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, n° 485, p. 604).

¹⁶⁰¹ *Ibid.*, pp. 604-605.

¹⁶⁰² La Constitution française de 1958 affirme en effet que le Gouvernement « dispose de l'administration » (art. 20 C.).

¹⁶⁰³ B. PLESSIX, *Droit administratif général*, préc., n° 485.

¹⁶⁰⁴ « [En République, dans l'État-nation unitaire, la Nation est la source exclusive du Pouvoir. La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce, d'abord au travers de l'établissement de la Constitution qu'il se donne à lui-même, puis, soit indirectement par l'intermédiaire de ses représentants élus et réunis en organe parlementaire, soit directement quoique plus rarement par la voie du référendum. Si, à l'heure de la constitutionnalisation du droit, le pouvoir législatif n'est plus cette puissance entièrement primaire, totalement initiale, pleinement inconditionnelle qu'elle fut jadis, il n'en demeure pas moins que, de tous les pouvoirs constitués, c'est au parlement, à raison de ses origines électives et de sa vocation privilégiée de représentant, que le Souverain continue d'attribuer une puissance juridique supérieure d'initiative et de décision ; la loi continue d'exprimer la volonté générale, mais dans le respect de la Constitution. À l'inverse, comme l'indique son nom, le pouvoir exécutif est dans une situation juridique subordonnée et seconde [...]. » (*Ibid.*).

¹⁶⁰⁵ *Ibid.*

¹⁶⁰⁶ *Ibid.*

méconnaître aucune, ne doit en *violer* aucune »¹⁶⁰⁷. Le lien établi par l'auteur entre souveraineté et légalité¹⁶⁰⁸ démontre ainsi que le respect du principe de légalité par l'administration assure la légitimité de son action. Par conséquent, l'ignorance des irrégularités entachant un contrat administratif, « mode d'action publique »¹⁶⁰⁹, remet en cause la légitimité de l'action administrative en contrariant le principe de légalité.

Les entraves à la légalité du contrat administratif sont toutefois motivées par l'objectif de stabilité des relations contractuelles. Mais comme l'affirme le Professeur Jean-François Lafaix, « cette stabilité n'est pas garantie à tout prix. Elle est certes indispensable à l'efficacité de l'action publique, qui doit reposer sur des instruments fiables. Mais l'efficacité de l'action publique suppose aussi, et avant tout, de respecter les conditions légales qui garantissent l'utilité et la légitimité de cette action »¹⁶¹⁰. La légitimité de l'action de l'administration dépend alors en partie de l'attitude du juge face à l'illégalité du contrat administratif. La multiplication de la reconnaissance des irrégularités entachant le contrat administratif contribuerait ainsi à légitimer davantage l'action publique. En appréciant plus largement l'intérêt à agir des tiers-requérants et les moyens qu'ils peuvent invoquer, le juge du contrat administratif renforcerait le principe de légalité, en acceptant d'opérer le contrôle de la légalité de l'acte¹⁶¹¹. Certes, cela n'aura pas pour effet de consolider le principe de légalité dans toute sa dimension objective originelle¹⁶¹². Si le caractère objectif du principe implique notamment de procéder à un contrôle de légalité des actes de l'administration, incluant les contrats administratifs¹⁶¹³, il suppose également que ce contrôle débouche sur une solution

¹⁶⁰⁷ *Ibid.*

¹⁶⁰⁸ *Ibid.*, pp. 604-605.

¹⁶⁰⁹ Rapport public du Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE n° 59, La Documentation française, 2008.

¹⁶¹⁰ J.-F. LAFAIX, « L'évolution de l'office du juge du contrat administratif » in *Le renouvellement de l'office du juge administratif*, dir. J.-F. LAFAIX, Berger-Levrault, 2017, p. 99.

¹⁶¹¹ Le contrôle de légalité est désigné comme le « jumeau procédural du principe de légalité » (B. PLESSIX, *Droit administratif général*, préc., n° 486).

¹⁶¹² *Ibid.*, pp. 605-608.

¹⁶¹³ « L'étude du régime des actes administratifs met immédiatement en présence du principe qui régit l'activité administrative : le principe en vertu duquel cette activité doit être conforme au droit et que l'on désigne comme le principe de légalité [...]. Il ne faut pas se le représenter comme régissant seulement l'action unilatérale de l'administration, c'est-à-dire notamment les décisions par lesquelles elle se traduit. Il manifeste tout autant ses exigences en matière contractuelle [...]. » (R. CHAPUS, *Droit administratif général – Tome 1*, préc., n° 1198).

alternative entre l'annulation de l'acte ou son maintien dans l'ordonnement juridique¹⁶¹⁴. Mais la plus grande reconnaissance des irrégularités entachant le contrat administratif, se traduisant par l'extension du contrôle de la légalité des actes contractuels, ne sera pas associée en contrepartie d'une restriction de l'office du juge du contrat administratif, qu'il convient de préserver pour des raisons évidentes de sécurité juridique. Sans trouver ici l'occasion d'alimenter une nouvelle fois le débat relatif à la distinction des principales voies de recours du contentieux administratif, il convient de rappeler que l'action en contestation de la validité du contrat initiée par les tiers transcende les catégories existantes. Aucune contrainte posée par les classifications juridiques n'impose alors d'appréhender le recours des tiers comme un contentieux exclusivement objectif, tel que conçu en excès de pouvoir. Renforcer le contrôle de la légalité des contrats administratifs est une chose. Tirer les conséquences d'une irrégularité entachant le contrat en est une autre.

La multiplication des cas de reconnaissances d'irrégularités par le juge du contrat administratif poursuit comme principal objectif la consolidation de la légitimité de l'action administrative. Même si le recours produira finalement une forme d'« effet platonique »¹⁶¹⁵, puisque le contrat administratif sera toujours annulé ou résilié dans des cas exceptionnels, il aura au moins contribué à assurer la légalité et donc la légitimité de l'action publique. Le justiciable n'obtiendra sans doute pas davantage gain de cause qu'à l'heure actuelle. Mais cette situation est évidemment plus acceptable et plus juste que la fermeture prématurée du prétoire du juge du contrat administratif. Après tout, le commissaire du gouvernement Romieu n'affirmait-il pas, qu'en dépit de l'absence de conséquences sur le contrat de l'annulation d'un acte détachable, que celle-ci « [aurait] toujours pour effet de dire le droit, de ne pas fermer le prétoire aux citoyens usant de la faculté que la loi leur reconnaît, de censurer l'illégalité, d'éclairer l'opinion publique et de prévenir le retour des pratiques condamnées »¹⁶¹⁶ ? Il nous semble alors que, nonobstant leurs répercussions sur le contrat administratif, une plus grande reconnaissance des irrégularités qu'il contient répondrait

¹⁶¹⁴ « [I] appartient au juge de censurer s'il apparaît une violation quelconque des dispositions contenues dans les règles de droit applicables à l'action de l'Administration. Le juge est donc invité à faire application d'une alternative simple : l'autorité administrative a-t-elle méconnu une règle de droit ? Si oui, son acte est nul ; si non, il est régulier. » (B. PLESSIX, *Droit administratif général*, préc., n° 486, p. 670).

¹⁶¹⁵ J. ROMIEU, Concl. sur CE, 4 août 1905, Martin in *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, Vol.1, dir. H. DE GAUDEMAR et D. MONGOIN, LGDJ, 2015, p. 262.

¹⁶¹⁶ *Ibid.*

également « aux besoins d'une démocratie bien organisée »¹⁶¹⁷. Elle garantirait aux citoyens un meilleur contrôle de la conformité de l'action de l'Administration aux lois votées par leurs représentants.

Une dernière précision s'impose à ce propos. En l'état de la jurisprudence organisant le recours des tiers contre le contrat administratif¹⁶¹⁸, la nature des moyens invocables fait l'objet de qualifications divergentes. D'aucuns estiment que l'exigence d'un rapport direct entre le moyen invoqué par le tiers et l'intérêt lésé dont il se prévaut¹⁶¹⁹ est une condition de recevabilité du moyen¹⁶²⁰ tandis que d'autres jugent qu'il s'agit d'une condition d'opérance¹⁶²¹. Le moyen irrecevable est « celui dont le juge est tenu, en l'état, de refuser d'apprécier le bien-fondé »¹⁶²², tandis que le moyen inopérant « [insusceptible] d'exercer une influence sur la solution du litige »¹⁶²³. Mais l'absence d'éléments constitutifs de ces notions, dont on peine à tracer les contours, expliquent leur confusion au sein du contentieux administratif en général et au sein du recours des tiers¹⁶²⁴ contre le contrat en particulier. Si de nombreux auteurs discutent de la classification des moyens invocables dans le cadre d'un recours « Tarn-et-Garonne »¹⁶²⁵, c'est donc en raison de la porosité de la frontière qui sépare moyen recevable et moyen opérant. Le moyen est susceptible d'être invocable aussi bien sur le fondement de l'opérance que sur celui de la recevabilité. La question n'aurait pas autant d'importance si la qualification des moyens n'emportait pas application d'un régime juridique différent¹⁶²⁶. Or la déclaration d'inopérance d'un moyen n'exige pas de motivation

¹⁶¹⁷ *Ibid.*

¹⁶¹⁸ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁶¹⁹ *Ibid.*

¹⁶²⁰ V. notamment : L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « La recevabilité des moyens en contentieux administratif », *AJDA* 2016 p. 479 ; J.-F. LAFAIX, « L'intérêt à agir devant le juge du contrat » in *L'intérêt à agir devant le juge administratif*, dir. O. RENAUDIE, Berger-Levrault, 2015, p. 91.

¹⁶²¹ V. notamment : A. BRETONNEAU et J. LESSI, « Contentieux contractuel : la révolution rentre au port », *AJDA* 2014 p. 1035 ; B. DACOSTA, Concl. sur CE Ass. 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁶²² A. CIAUDO, *L'irrecevabilité en contentieux administratif français*, L'Harmattan, 2009, p. 240.

¹⁶²³ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., Montchrestien, 2008, p. 810.

¹⁶²⁴ S. DOUTEAUD, « Pour une clarification de la distinction entre moyens inopérants et moyens irrecevables en contentieux administratif », *RFDA* 2016 p. 697.

¹⁶²⁵ B. DACOSTA, Concl. sur CE Ass. 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁶²⁶ « Les notions de « moyen inopérant » et de « moyen irrecevable » sont des notions fonctionnelles. La jurisprudence administrative les a découvertes pour offrir au juge des motifs justifiant le rejet anticipé de l'argumentation du demandeur. Corrélativement, le seul *distinguo* que consacre le droit positif repose sur les formes du rejet. Il s'agit de l'obligation faite aux juges de motiver le rejet d'un tel moyen. » (S. DOUTEAUD, « Pour une clarification de la distinction entre moyens inopérants et moyens irrecevables en contentieux administratif », préc.).

de la part du juge administratif¹⁶²⁷, contrairement à la déclaration d'irrecevabilité. La modification des moyens susceptibles d'être invoqués par le tiers-requérant proposée dans notre étude peut être l'occasion de déterminer le régime dont ils dépendraient. Au regard des considérations précitées, il apparaît opportun que l'exigence d'un lien entre le moyen soulevé par le tiers et la qualité dont il se prévaut soit instituée comme condition de recevabilité du moyen. Elle correspondrait d'ailleurs davantage à la définition du moyen irrecevable. « Même fondé, le moyen inopérant manque sa cible du fait qu'il frappe à côté ; le moyen irrecevable, s'il est fondé, remettrait logiquement en cause l'objet qu'il critique, mais le juge refuse de l'examiner et d'en tirer les conséquences logiques »¹⁶²⁸. C'est à cette seconde catégorie de moyen que correspond celui qui ne pourrait être invoqué par le tiers-requérant en raison de l'absence de rapport avec la qualité dont il se prévaut. S'il était fondé, il remettrait en cause la légalité du contrat administratif. Mais en raison d'un défaut de lien avec la qualité du tiers-requérant, le juge l'écarte¹⁶²⁹.

Dans l'hypothèse où le juge n'examinerait pas la légalité du contrat administratif en raison de l'irrecevabilité des moyens invoqués, il aurait l'obligation de motiver sa décision. L'ignorance des irrégularités éventuelles entachant le contrat, entraînant alors la présomption de sa légalité¹⁶³⁰, serait davantage justifiée et légitime. Même s'il participerait à consolider la légitimité de l'action publique, l'accroissement de la reconnaissance des contrats administratifs irréguliers pourrait cependant faire naître la crainte d'une déstabilisation des relations contractuelles. Il s'avère cependant que le renforcement du contrôle de la légalité du contrat administratif n'irait pas à l'encontre de sa sécurité juridique, voire la consoliderait dans certains cas.

¹⁶²⁷ CE Sect., 25 mars 1960, *Boileau*, n° 35805, *Lebon* p. 234 ; M. COMBARNOUS et J.-M. GALABERT, *AJDA* 1960 p. 96 ; CE, 27 juin 2016, *M^{me} B. c./ Centre hospitalier Henri Dunant*, n° 386957 ; *AJDA* 2016 p. 1372.

¹⁶²⁸ L. DUTHELLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « La recevabilité des moyens en contentieux administratif », préc.

¹⁶²⁹ L'analyse du Professeur Jean-François Lafaix à propos des moyens invocables tels que définis par la jurisprudence *Tarn-et-Garonne* (CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.) vaut également pour la définition plus objective des moyens invocables que nous avons proposée (en rapport avec la qualité dont se prévaut le tiers). Il affirme : « dans le cadre d'un recours en appréciation de la validité du contrat, si le vice est fondé, on peut en conclure que le contrat est invalide indépendamment de la situation [ou de la qualité] du requérant. Un contrat n'est pas valide pour les uns et invalide pour les autres ! » (J.-F. LAFAIX, « L'intérêt à agir devant le juge du contrat » in *L'intérêt à agir devant le juge administratif*, préc.).

¹⁶³⁰ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, préc. n° 1198.

B/ Une sécurisation de l'action administrative

Ainsi qu'il a été évoqué ci-dessus, l'exigence d'un intérêt lésé de façon suffisamment directe et certaine par la passation du contrat administratif ou de certaines de ses clauses¹⁶³¹, confortée par un moyen en rapport direct avec cet intérêt¹⁶³², a pour but de restreindre le nombre de recours contre le contrat. Dans l'hypothèse où l'effet dissuasif de ces conditions n'opère pas, c'est-à-dire que les tiers ne sont pas découragés à saisir le juge du contrat administratif, les notions d'intérêt lésé et de moyens invocables sont alors mobilisées le cas échéant par le juge afin de fermer le recours, sans analyser la légalité du contrat administratif. Dans tous les cas, les relations contractuelles sont stabilisées par l'ignorance des irrégularités entachant le contrat. Cette sécurité serait *a priori* perdue si le juge du contrat venait à accueillir davantage de tiers-requérant au sein de son prétoire. Le nombre de demandes d'annulation du contrat administratif par les tiers serait sans doute accru et les cas de reconnaissance des contrats irréguliers assurément multipliés. Mais un tel phénomène ne serait pas nécessairement synonyme d'insécurité juridique. Aussi, l'idée que le juge du contrat appréhende différemment l'intérêt à agir des tiers et les moyens invocables ne résulte pas seulement d'une volonté de renforcer la légitimité de l'action publique. Elle est par ailleurs le fruit d'une réflexion sur la nécessité de consolider la sécurité du contrat par la reconnaissance des irrégularités qui l'entachent et donc celle de l'action administrative. Les politiques publiques exigent en effet un environnement juridiquement stable, loin d'éventuelles contestations des conditions dans lesquelles elles se déploient.

Concrètement, sans imposer un contrôle systématique de l'ensemble des actes administratifs qui heurterait la bonne administration de la justice, l'accroissement du nombre de contrats administratifs examinés s'accompagnerait d'une progression de la part des contrats insusceptibles d'être remis en cause ultérieurement. À l'occasion de sa saisine par un tiers, le juge du contrat administratif contribuerait ainsi à éviter la poursuite de l'exécution de contrats menacés de disparition. La stabilité des relations contractuelles est en effet susceptible d'être perturbée à l'occasion d'un litige opposant les parties¹⁶³³, d'autant

¹⁶³¹ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁶³² *Ibid.*

¹⁶³³ CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, *Lebon* p. 509 ; concl. E. GLASER, *ibid.*, *BJCP* 2010 p. 138 et *RFDA* 2010 p. 506 ; O. DIDRICHE, *AJCT* 2010 p.114 ; J. GOURDOU et P. TERNEYRE, *RJEP* Juin 2010

plus qu'elles disposent du recours en contestation de la validité du contrat administratif durant toute son exécution¹⁶³⁴, par les tiers dans le cadre d'un recours contre le refus de résilier le contrat¹⁶³⁵. Ces derniers peuvent en effet notamment invoquer « à l'appui de leurs conclusions tendant à ce qu'il soit mis fin à l'exécution du contrat [...] des moyens tirés [...] de ce que le contrat est entaché d'irrégularités qui sont de nature à faire obstacle à la poursuite de son exécution et que le juge devrait relever d'office »¹⁶³⁶.

La sécurisation de l'action administrative par voie contractuelle suppose, en premier lieu, que le juge appréhende différemment l'intérêt à agir des tiers afin de prendre en compte les hypothèses dans lesquelles le contrat administratif est affecté d'une irrégularité justifiant son annulation¹⁶³⁷. La jurisprudence *Tarn-et-Garonne*¹⁶³⁸ précise en effet que les tiers ordinaires¹⁶³⁹ peuvent invoquer des vices « d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office »¹⁶⁴⁰, ce qui oblige le juge à en tirer les conséquences sur le contrat¹⁶⁴¹. Encore faut-il que le tiers-requérant justifie d'un intérêt lésé. Certes, dans la mesure où ce dernier s'apprécie par rapport aux moyens, il s'avère difficile de nier l'intérêt à agir d'un tiers contre un contrat dont l'illégalité doit entraîner sa disparition rétroactive. Mais si le juge du contrat

p.19 ; A. LALLET et X. DOMINO, *AJDA* 2011 p. 665 ; S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, *AJDA* 2010 p. 142 ; F. LINDITCH, *JCP A* 2010 p. 2072 ; R. NOGUELLOU, *RDI* 2010 p. 265 ; H. PAULIAT, *RDP* 2010 p. 553 ; D. POUYAUD, *RFDA* 2010 p. 519 ; P. REES, *Contrats-Marchés publ.*, Mars 2010 p. 38 ; B. SEILLER, *Gaz. Pal.* 16 mars 2010 p. 13.

¹⁶³⁴ CE, 1^{er} juillet 2019, *Association pour le musée des îles Saint-Pierre et Miquelon*, *Lebon* p. 269, concl. A. LALLET ; F. BRENET, *DA* 2019 comm. 52 ; H. HOFFNER, *RFDA* 2019 p. 1032 ; C. MALVERTI et C. BEAUFILS, *AJDA* 2019 p. 1369 ; J. MARTIN, *JCP A* 2020 p. 2071 ; M.-C. DE MONTECLER, *AJDA* 2019 p. 1369 ; R. NOGUELLOU, *RDI* 2019 p. 568 ; P. NOUAL, *AJCT* 2019 p. 571.

¹⁶³⁵ CE, Sect., 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (SMPAT)*, *Lebon* p. 209 ; concl. G. PELLISSIER, *RFDA* 2017 p. 937 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2017 act. 487 ; J.-L. HECKENROTH, *Contrats-Marchés publ.* 2017 pratique 11 ; S. HUL, *AJCT* 2017 p. 455 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, *Contrats-Marchés publ.* 2017 repère 8 ; J. MARTIN, *JCP A* 2017 chron. 2195 ; M.-C. DE MONTECLER, *AJDA* 2017 p.1359 ; G. ODINET et S. ROUSSEL, *ibid.* p. 1669 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2017 comm. 249.

¹⁶³⁶ *Ibid.* D'où l'intérêt de revoir la faculté des tiers à contester des mesures relatives à l'exécution du contrat : v. *supra*. p. 122 et s.

¹⁶³⁷ Ce qui suppose de la regarder comme telle et non comme éventuellement régularisable. Or l'évolution du contentieux contractuel administratif tend à démontrer que certains vices appartenant à l'une des catégories de ceux entraînant en principe l'annulation du contrat (vice affectant le contenu, vice de consentement ou vice d'une particulière gravité) seraient susceptibles de régularisation.

¹⁶³⁸ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁶³⁹ Le préfet et les élus locaux n'ont pas à justifier d'un intérêt à agir et peuvent invoquer tout moyen : *ibid.*

¹⁶⁴⁰ *Ibid.*

¹⁶⁴¹ S. DOUTEAUD, *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, LGDJ, 2022, pp. 215-217.

s'en tient à la lettre de la décision¹⁶⁴² et des règles relatives au contentieux administratif¹⁶⁴³, il peut réfuter l'intérêt à agir du tiers-requérant avant même d'avoir statué sur l'invocabilité des moyens. Autrement dit, il n'est pas impossible qu'il ferme les portes de son prétoire alors même que le contrat administratif est entaché d'un vice justifiant son annulation. Et l'intérêt général ne permet pas toujours de s'y opposer¹⁶⁴⁴. Une approche plus souple et objective de l'intérêt à agir limiterait ce risque.

En second lieu, l'action administrative gagnerait également en sécurité si le juge du contrat administratif adoptait une approche différente des moyens invocables, en fonction de la qualité du tiers-requérant. Deux catégories qu'il ne peut actuellement invoquer seraient traitées : celles *a priori* sans rapport avec l'intérêt lésé dont il se prévaut¹⁶⁴⁵ d'une part ; celles considérées comme vénielles d'autre part. On peut redouter là encore que l'examen du bien-fondé de moyens aujourd'hui irrecevables en raison d'un défaut de lien avec l'intérêt lésé¹⁶⁴⁶ provoque la résiliation ou l'annulation d'un contrat administratif en raison de l'initiative d'un requérant qui n'aurait jusque-là pas été admis à saisir le juge. Mais faut-il seulement préserver un acte dont l'illégalité justifie sa disparition même après avoir tenu compte des considérations d'intérêt général qui pourraient s'y opposer ? Ce serait laisser une occasion aux cocontractants ou aux tiers de porter atteinte à la stabilité des relations contractuelles à l'occasion de l'exécution du contrat. Dans les autres cas, le juge de plein contentieux aurait toujours la faculté de purger l'acte contesté, en invitant à sa régularisation ou en procédant à une résiliation ou annulation partielle notamment¹⁶⁴⁷.

¹⁶⁴² CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁶⁴³ L'intérêt à agir est une condition de recevabilité de la requête qui s'apprécie avant les moyens, rattachés à l'examen du fond de la demande : v. C. BROYELLE, *Contentieux administratif*, 10^e éd., LGDJ, 2022-2023, p. 86 et s. et 179 et s. ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, préc., p. 467 et 795 ; M. DE MONSEMBERNARD, *Contentieux de la commande publique*, Dalloz, 2019, p. 88 et p. 91.

¹⁶⁴⁴ V. par ex. : CAA Marseille, 2 février 2015, *Société Autocars Rignon et fils*, n° 13MA02215 ; J.-P. PIÉTRI, *Contrats-Marchés publ.* 2015 comm. 103 ; CAA Paris, 8 juillet 2016, *CCI de la Nouvelle-Calédonie*, n° 14PA03697.

¹⁶⁴⁵ La reconnaissance du rapport existant entre le moyen invoqué et l'intérêt lésé dépend évidemment de la marge d'appréciation du juge du contrat. La politique du Conseil d'État étant cependant à la restriction de l'ouverture du recours, le lien entre moyen soulevé et intérêt lésé est apprécié strictement. Il est toutefois possible de reconnaître plus aisément l'existence d'un rapport entre les deux éléments. V. : J.-F. LAFAIX, « L'intérêt à agir devant le juge du contrat » in *L'intérêt à agir devant le juge administratif*, dir. O. RENAUDIE, Berger-Levrault, 2015, p. 91. Le recalibrage de l'ouverture du recours en fonction de la qualité du tiers-requérant, tel que nous l'avons suggéré, devrait permettre de trancher le débat en faveur d'une reconnaissance plus favorable de l'invocabilité des moyens.

¹⁶⁴⁶ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁶⁴⁷ La résiliation partielle n'est pas expressément mentionnée dans le considérant de principe de l'arrêt *Tarn-et-Garonne* (*ibid.*), mais rien ne s'oppose à ce qu'elle soit prononcée par le juge.

La reconnaissance de l'invocabilité d'irrégularités considérées comme vénielles peut sembler moins opportune. Elle contribuerait pourtant à enrichir l'office du juge du contrat. Par définition, un vice mineur est sans conséquence sur la validité de l'acte. Il entraîne alors en principe la mise en œuvre du « pouvoir de ne rien faire »¹⁶⁴⁸, c'est-à-dire du pouvoir d'ordonner la poursuite de l'exécution du contrat administratif. En pratique cependant, celui-ci est très peu mobilisé¹⁶⁴⁹. Pour cause : l'intérêt lésé requis par la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*¹⁶⁵⁰ s'apprécie au regard des moyens invoqués par le requérant¹⁶⁵¹. Concrètement, cela signifie que le tiers-requérant doit soulever des irrégularités certes en rapport avec l'intérêt lésé dont il se prévaut¹⁶⁵², mais également de nature à établir l'existence de ce dernier et le caractère suffisamment direct et certain de la lésion¹⁶⁵³. Or, comment un vice non substantiel serait-il de nature à léser l'intérêt d'un tiers de « façon suffisamment directe et certaine »¹⁶⁵⁴ ? Les irrégularités justifiant la poursuite inconditionnelle de l'exécution du contrat administratif passent très rarement le filtre de la recevabilité ou de l'invocabilité, ce qui explique que le juge du contrat ne l'ordonne qu'avec parcimonie. Le pouvoir de ne rien faire est d'ailleurs principalement utilisé par défaut, lorsque l'intérêt général s'oppose à sa disparition. Ainsi, la possibilité pour les tiers de soulever des vices non substantiels contribuerait à renforcer l'office du juge du contrat au stade du traitement des irrégularités, au profit du principe de légalité, mais pas au détriment de la stabilité des relations contractuelles. La sécurité juridique du contrat administratif serait toujours assurée, de manière différente. Au lieu d'ignorer l'irrégularité invoquée, le juge de plein contentieux reconnaîtrait son existence afin d'en conclure qu'elle est sans conséquence sur la légalité du contrat ou du moins, qu'elle ne fait pas obstacle à son maintien en l'état. L'intérêt du pouvoir d'ordonner la poursuite de l'exécution du contrat serait ainsi accru par le traitement des vices les moins importants.

¹⁶⁴⁸ S. BRACONNIER et F. BRENET, « Le contentieux des contrats publics d'affaires (2^e partie) – Le nouveau recours en contestation de la validité du contrat administratif « à procédure » », *Contrats-Marchés publ.* Décembre 2007 prat. 8.

¹⁶⁴⁹ « La solution du maintien pur et simple du contrat ne paraît pas avoir été retenue en pratique (sauf dans le cas de résiliation avec effet différé, ce qui revient à un maintien temporaire) [...] » (L. RICHER et F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, 12^e éd., LGDJ, 2021, p. 202, n^o 413).

¹⁶⁵⁰ CE Ass., 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, préc.

¹⁶⁵¹ B. DACOSTA, Concl. sur CE Ass. 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁶⁵² CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁶⁵³ *Ibid.*

¹⁶⁵⁴ *Ibid.*

En résumé, une modification de l'appréhension par le juge des irrégularités éventuelles entachant le contrat administratif offrirait le double avantage de respecter le principe de légalité tout en consolidant la stabilité des relations contractuelles. Une plus grande reconnaissance des vices affectant le contrat, par une plus large ouverture du recours des tiers contre le contrat administratif, renforcerait finalement la place du contrat dans l'ordonnement juridique : un contrat dont la légalité a été reconnue, le cas échéant après avoir été purgé de ses irrégularités. La sécurité comme la légitimité de l'action administrative en ressortiraient consolidées. Ceci d'autant plus si l'arsenal à disposition du juge du contrat administratif était complété.

SECTION 2. LE PERFECTIONNEMENT DE L'OFFICE DU JUGE DU CONTRAT CONSACRÉ AUX CONSÉQUENCES DE L'ILLÉGALITÉ

Tel qu'il a été conçu au fil des grands bouleversements jurisprudentiels, l'office du juge du contrat, en particulier celui consacré aux différents pouvoirs permettant de tirer les conséquences des irrégularités affectant le contrat administratif, poursuit un objectif fondamental, presque exclusif : la stabilité des relations contractuelles. Dans l'absolu, l'arsenal dont il dispose actuellement pallierait largement, s'il y en avait, les risques d'une plus grande ouverture du recours des tiers contre le contrat administratif, notamment la multiplication des reconnaissances d'irrégularités affectant l'acte contractuel. Reste qu'en l'état, la disparition du contrat n'est pas toujours évitable en raison de l'importance de certains vices et/ou du comportement des parties. Le développement du pouvoir de régularisation mériterait alors d'être envisagé afin de sauvegarder autant que possible les contrats administratifs illégaux (§1). Cela étant précisé, l'office du juge consacré aux conséquences des irrégularités entachant le contrat ne se résume pas aux seules actions destinées à les relativiser ou les effacer. Tenir compte des répercussions de l'illégalité d'un contrat administratif peut aussi consister à indemniser le requérant¹⁶⁵⁵. Par définition, le

¹⁶⁵⁵ Le Professeur Pierre Bourdon classe l'indemnisation parmi les remèdes conduisant à l'inefficacité juridique de l'irrégularité du contrat, garantissant ainsi le maintien des effets juridiques du contrat administratif. Elle est sans conséquence sur son contenu : P. BOURDON, *Le contrat administratif illégal*, Thèse, Dalloz, 2014, p. 529 et pp. 584-585.

contentieux indemnitaire est tout ce qu'il y a de plus subjectif. Or, nous invitons à adopter une approche plus objective du recours des tiers contre le contrat administratif, afin notamment de renforcer la stabilité des relations contractuelles, en assurant la régularité du contrat. Partant de ce constat, un pouvoir destiné à réparer les droits lésés doit faire l'objet d'un encadrement précis (§2).

§1. LA PROMOTION DU POUVOIR DE RÉGULARISATION

La régularisation du contrat administratif se présente comme le meilleur compromis entre respect du principe de légalité (dont on a rappelé l'importance¹⁶⁵⁶) et stabilité des relations contractuelles. Elle purge le contrat de ses irrégularités substantielles afin d'assurer le maintien de son exécution. Le pouvoir de régularisation constitue ainsi un atout majeur en termes d'efficacité et de légitimité de l'action publique¹⁶⁵⁷. Dans l'hypothèse d'une plus grande reconnaissance des irrégularités entachant le contrat administratif, il y aurait tout intérêt à mobiliser davantage cette faculté du juge. Le pouvoir de régularisation du contrat administratif pourrait alors être développé simultanément par une diversification des formes sous lesquelles il se présente (**A**), ainsi que par une expansion de son champ d'application (**B**) – une tendance qui semble se développer.

A/ La diversification des modalités de régularisation

Il existe bien des façons de tirer les conséquences d'une irrégularité substantielle, parmi lesquelles se distingue l'anéantissement de l'acte porteur du vice de l'effacement de la seule illégalité qui l'entache. Alors que la première solution emporte des conséquences radicales sur le plan juridique et matériel, puisqu'elle consiste à résilier ou résoudre l'acte, la seconde, consistant à corriger l'irrégularité, est bien moins invasive. Elle concilie en effet le respect du principe de légalité avec celui du principe de sécurité juridique et, plus précisément, de

¹⁶⁵⁶ V. *supra*. p. 331 et s.

¹⁶⁵⁷ « L'objectif de stabilité des relations contractuelles justifie, d'un point de vue de politique publique, de préférer la consolidation d'un acte initialement irrégulier, sous condition de mise en conformité, à sa disparition. L'intérêt d'une telle opération est de protéger l'acte d'une remise en cause. L'acte régularisé est alors pleinement efficace, car la fragilité qui l'affectait a désormais disparu ». (J.-F. LAFAIX, « La régularisation en matière contractuelle », *Contrats-Marchés publ.* 2017, ét. 9).

la sécurité des situations juridiques. Ainsi la régularisation du contrat administratif illégal est sans aucun doute le meilleur compromis entre ces deux impératifs¹⁶⁵⁸. Le constat suffit à promouvoir le développement de ce mode de traitement des irrégularités notamment au sein du recours des tiers contre le contrat administratif. Mais la plus grande reconnaissance des vices éventuels affectant le contrat, par un accès élargi au prétoire du juge, plaide également en ce sens. L'objectif de stabilité des relations contractuelles ne doit évidemment pas être perdu de vue, en dépit d'une prise en compte croissante des irrégularités entachant le contrat administratif.

Pareille proposition ne recevrait pas l'approbation des défenseurs d'une conception classique, pour ne pas dire archaïque, du principe de légalité¹⁶⁵⁹. Celui-ci implique en effet la résolution de tout acte administratif illégal. Le Professeur Benoît Plessix précise à ce propos que « l'annulation est bien la mesure juridictionnelle qui permet tout à la fois de sanctionner la méconnaissance par une autorité administrative de l'obligation d'agir légalement - de réprimer une « infraction à la légalité » - et d'effacer l'offense faite à une légalité alors rétablie dans toute sa force symbolique et effective »¹⁶⁶⁰. Reste que cette idée du principe de légalité ne correspond plus à l'évolution de son rapport avec la sécurité juridique¹⁶⁶¹.

La promotion de la régularisation dans le cadre du recours des tiers contre le contrat administratif débute par une mise à jour de sa définition et des différentes formes sous lesquelles elle se présente. Dès l'instant où elle est envisagée sous l'angle de l'office du juge, elle exclut nécessairement la résiliation anticipée ou spontanée à l'initiative de l'administration, c'est-à-dire indépendamment de toute demande du juge administratif. Il a en effet notamment été admis que la personne publique pouvait procéder à la régularisation d'un acte détachable annulé pour un vice de forme ou de procédure qui lui est propre et qui affecte les modalités selon lesquelles la personne publique a donné son

¹⁶⁵⁸ « Admettre la régularisation d'un acte illégal de l'administration, c'est ainsi s'efforcer de concilier au mieux ce qu'implique le constat d'une illégalité, qui doit cesser, et l'exigence de la sécurité des bénéficiaires de l'acte, qui doit être maintenue. » (B. SEILLER, « Les décisions régularisées », *RFDA* 2019 p. 791).

¹⁶⁵⁹ Pas plus d'ailleurs qu'elle ne recevrait l'aval de ceux qui déplorent le développement contemporain de la régularisation, en raison notamment du sentiment d'injustice que le procédé fait naître à l'égard du justiciable demandeur de la disparition de l'acte attaqué. V. en ce sens : B. SEILLER, « Les décisions régularisées », préc.

¹⁶⁶⁰ B. PLESSIX, « Le principe de légalité en droit administratif français », *RFDA* 2022 p. 206.

¹⁶⁶¹ O. MAMOUDY, « Une balance déséquilibrée », *AJDA* 2019 p. 1087. V. plus généralement : « Dossier : Légalité et sécurité juridique, un équilibre rompu ? », *AJDA* 2019 p. 1086.

consentement¹⁶⁶². S'il s'agit certes d'une façon « de maintenir, en dépit de son annulation, les effets produits par un tel acte »¹⁶⁶³, on ne peut cependant s'empêcher d'y voir un moyen d'éviter la saisine du juge de l'exécution voire du juge du contrat afin qu'il en tire les conséquences sur la convention. Aussi est-il permis d'envisager la régularisation de l'acte détachable comme, plus largement, une régularisation du contrat administratif. Plus récemment, le Conseil d'État a reconnu à l'administration, lorsqu'elle constate que sa décision est entachée d'une irrégularité, la faculté de la régulariser avant toute saisine du juge¹⁶⁶⁴. La solution adoptée à l'occasion du versement de subventions irrégulières¹⁶⁶⁵ pourrait peut-être à l'avenir s'appliquer aux contrats administratifs illégaux. Elle serait bienvenue pour la sécurité juridique, un peu moins pour l'autorité de la chose jugée par le juge du contrat.

Cela étant précisé, l'étude des possibilités de régulariser le contrat administratif illégal est donc circonscrite au pouvoir juridictionnel de régularisation et, plus précisément au pouvoir d'ordonner la régularisation. Cette faculté n'est certes pas présentée ainsi dans la décision *Tarn-et-Garonne*¹⁶⁶⁶, puisque le juge du contrat peut « inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe »¹⁶⁶⁷. Mais la résiliation ou la résolution prononcée à l'expiration de ce délai en l'absence d'intervention des parties contraint ces

¹⁶⁶² CE, 8 juin 2011, *Commune de Divonne-les-Bains*, *Lebon* p. 278 ; concl. B. DACOSTA, *BJCP* 2011 p. 381 ; F. BRENET, *DA* 2011 p. 35 ; A. BRETONNEAU, *RJEP* 2012 comm. 4 ; G. LE CHATELIER, *AJCT* 2011 p. 402 ; J.-D. DREYFUS, *AJDA* 2011 p. 1685 ; L. ERSTEIN, *JCP G* Juin 2011 p. 1210 ; R. GRAND, *AJDA* 2011 p. 1172 ; J.-P. PIÉTRI, *Contrats-Marchés publ.* 2011 comm. 304 ; CE, 10 avril 2015, *Commune de Levallois-Perret*, *Lebon T.* p. 545-748-822 ; concl. B. BOHNER, *RFDA* 2015 p. 926 ; O. DIDRICHE, *AJCT* 2015 p. 394 ; N. FOULQUIER, *RDI* 2015 p. 305 ; E. LANGELIER, *JCP A* act. 357 ; J. MARTIN, *JCP A* 2015 p. 2254 ; M.-C. DE MONTECLER, *AJDA* 2015 p. 725 ; J.-P. PIÉTRI, *Contrats-Marchés publ.* 2015 comm. 156.

¹⁶⁶³ V. DAUMAS, « Le pouvoir de l'administration de régulariser ses actes illégaux : la jurisprudence en chantier », *DA* 2017 ét. 4.

¹⁶⁶⁴ CE Sect., 1^{er} juillet 2016, *Commune d'Emerainville*, *Lebon* p. 291 ; concl. V. DAUMAS, *RFDA* 2017 p. 289 ; O. DIDRICHE, *AJCT* 2017 p. 46 ; L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, *AJDA* 2016 p. 1859 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2016 act. 582 ; M. KERNÉIS-CARDINET, *ibid.* p. 2281 ; O. LE BOT, *JCP A* 2017 p. 2053. « Il est [...] remarquable que le Conseil d'État ait admis l'existence d'un pouvoir de régularisation des actes administratifs indépendamment de toute intervention du juge. C'est en cela qu'il est permis de le désigner, à proprement parler, comme un pouvoir de l'administration. La première phrase du considérant de principe reconnaît en effet à cette dernière la faculté d'en faire usage dès lors qu'elle constate que sa décision est entachée d'une irrégularité. L'administration peut donc procéder à une régularisation a priori, préventive, en amont d'une éventuelle annulation contentieuse, et avant même que ne se profile un recours contre l'acte entaché d'irrégularité. » (V. DAUMAS, « Le pouvoir de l'administration de régulariser ses actes illégaux : la jurisprudence en chantier », préc.).

¹⁶⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶⁶ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁶⁶⁷ *Ibid.*

dernières, sous l'apparence d'une invitation respectueuse de la liberté contractuelle. Il faut cependant convenir qu'il est préférable de donner au juge les moyens d'astreindre les cocontractants à faire le nécessaire pour offrir au contrat administratif une chance de survie. Celle-ci n'est pourtant pas uniquement due à l'autorité exercée par le juge. Le maintien de l'exécution du contrat dépend plus en amont, de la possibilité même de procéder à sa régularisation. Or une plus large appréhension de la notion offrirait davantage d'opportunités de conserver le contrat dans l'ordonnement juridique. Face à une multitude de techniques régularisatrices¹⁶⁶⁸, le juge du contrat n'hésiterait pas à solliciter prioritairement son pouvoir juridictionnel de régularisation.

Deux acceptions de la régularisation se distinguent et offrent une conception différente de l'office du juge du contrat. La première, retenue par certains auteurs¹⁶⁶⁹ et ici adoptée par le Conseil d'État dans la décision *Tarn-et-Garonne*¹⁶⁷⁰, repose sur la correction de l'acte illégal. La régularisation du contrat administratif consiste alors à effacer l'irrégularité qui l'entache, de sorte à le consolider et maintenir la situation juridique qui en découle¹⁶⁷¹. En tant que tel, le juge du contrat invite alors les parties à faire le nécessaire pour préserver le contrat administratif de toute inefficacité juridique, par sa résiliation voire son annulation¹⁶⁷². L'irrégularité est certes corrigée *a posteriori*, pour autant la régularisation du contrat administratif est reconnue comme rétroactive¹⁶⁷³. Par conséquent, « tous les effets de l'acte, passé comme à venir, sont maintenus. Postérieurement à la mesure de régularisation, l'acte ne peut plus être contesté en raison de l'irrégularité corrigée, y compris

¹⁶⁶⁸ « Au total, la régularisation du contrat, en plus d'être une notion extensive, fait l'objet de définitions variables. En raison de sa généralité, la notion de régularisation ne saurait désigner un remède spécifique à l'irrégularité du contrat administratif. » (P. BOURDON, « Contrat administratif et régularisation(s) », in *Mélanges Richer*, LGDJ, 2013, p. 499).

¹⁶⁶⁹ V. notamment en ce sens : J.-F. LAFAIX, « La régularisation en matière contractuelle », *Contrats-Marchés publ.* 2017 ét. 9 ; *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, Dalloz, 2009, pp. 244-246 ; E. LANGELIER et A. VIROT-LANDAIS, « Mérites et limites du recours à la régularisation des actes viciés », *JCP A* 2015 p. 2245.

¹⁶⁷⁰ L'absence de régularisation du contrat administratif entraîne sa résiliation ou son annulation, ce qui signifie que c'est uniquement l'acte qui est visé par la mesure de régularisation et non la situation juridique. V. : CE Ass, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁶⁷¹ J.-F. LAFAIX, « La régularisation en matière contractuelle », préc.

¹⁶⁷² « Régulariser le contrat illégal c'est empêcher, notamment, son annulation, sa résiliation, voire sa caducité et, corollairement, lui permettre de continuer à être exécuté. » (P. BOURDON, « Contrat administratif et régularisation(s) », préc.).

¹⁶⁷³ CE, 8 juin 2011, *Commune de Divonne-les-Bains*, préc.

pour les effets produits antérieurement à la correction »¹⁶⁷⁴. Autrement dit, le contrat est immunisé. La mesure de régularisation peut ainsi consister en l'adoption d'un nouvel acte détachable. Elle s'opère de manière unilatérale, par la personne publique¹⁶⁷⁵. Seul l'acte administratif fera l'objet d'une réfection, tandis que le contrat sera considéré comme régularisé¹⁶⁷⁶, c'est-à-dire corrigé à titre rétroactif. Elle peut également prendre la forme d'une modification du contrat lui-même, c'est-à-dire de son contenu. Dans ce cas, la régularisation est conventionnelle¹⁶⁷⁷ et résulte d'un avenant¹⁶⁷⁸.

À ce stade, il est possible de s'interroger sur d'autres procédés régularisateurs ayant pour effet de consolider le contrat en effaçant l'irrégularité initiale. Supposons, à l'instar du Professeur Pierre Bourdon, que « toute régularisation vise à éviter l'inefficacité juridique du contrat illégal et, plus précisément, l'inefficacité juridique de ce contrat *dans son ensemble* »¹⁶⁷⁹. Alors il faut en conclure tout comme lui que « toute inefficacité juridique partielle du contrat illégal est susceptible de régulariser ce contrat »¹⁶⁸⁰. La disparition partielle du contrat, à titre prospectif ou rétroactif, constituerait potentiellement une mesure de régularisation du contrat administratif permettant de maintenir ses effets juridiques¹⁶⁸¹. Toutefois, l'hypothèse se limiterait à la résiliation partielle par l'administration. Le Conseil d'État a en

¹⁶⁷⁴ J.-F. LAFAIX, « La régularisation en matière contractuelle », préc.

¹⁶⁷⁵ En dépit du fait que le juge du contrat peut « inviter *les parties* à prendre des mesures de régularisation » (CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.), la correction de l'irrégularité du contrat ne devrait pas être limitée aux seules mesures prises conjointement. En effet, il n'apparaît pas dans le considérant de principe que les mesures de régularisation doivent être prises conjointement. De nombreux vices peuvent être imputables à la personne publique, ce qui implique qu'elle procède unilatéralement à la régularisation du contrat.

¹⁶⁷⁶ « L'acte unilatéral est refait, mais le but de l'opération est de maintenir le contrat, qui lui n'est pas refait. C'est bien tout l'intérêt de l'opération. L'acte régularisateur ne consiste donc pas en une réfection du contrat. » (J.-F. LAFAIX, « La régularisation en matière contractuelle », préc.).

¹⁶⁷⁷ « Lorsque l'irrégularité du contrat n'affecte pas la signature d'un des cocontractants en particulier, mais le contrat lui-même, les parties peuvent adopter ensemble un acte de régularisation plurilatéral. » (W. GREMAUD, *La régularisation en droit administratif*, Thèse, Dalloz, 2021, p. 341, n° 539). « [L]orsqu'il s'agit de modifier le contenu du contrat, il faut très certainement y procéder de façon conventionnelle. » (J.-F. LAFAIX, « La régularisation en matière contractuelle », *Contrats-Marchés publ.* Août 2017, ét. 9, n° 68).

¹⁶⁷⁸ Le Professeur Pierre Bourdon distingue ainsi le contrat de régularisation, qu'il désigne encore comme « l'avenant de régularisation d'un contrat illégal », de la régularisation du contrat : P. BOURDON, « Contrat administratif et régularisation(s) », préc.

¹⁶⁷⁹ P. BOURDON, « Contrat administratif et régularisation(s) », in *Mélanges Richer*, LGDJ, 2013, p. 499.

¹⁶⁸⁰ *Ibid.*

¹⁶⁸¹ V. en sens contraire : J.-F. LAFAIX, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, préc., pp. 248-253.

effet reconnu l'irrégularité du contrat comme nouveau motif de résiliation unilatérale¹⁶⁸², ce qui peut laisser supposer, par extension¹⁶⁸³, qu'il serait loisible à la personne publique de procéder, sur invitation du juge, à la résiliation partielle d'un contrat administratif illégal afin de régulariser ce dernier. Cette faculté présenterait l'avantage d'accorder plus de valeur à la volonté des parties. De ce point de vue, il est préférable que la résiliation partielle du contrat administratif soit décidée par l'administration au titre des mesures de régularisation, le cas échéant en accord avec son cocontractant, plutôt que prononcée par le juge au titre des sanctions à l'irrégularité du contrat. En revanche, elle pourrait revenir à amputer une partie de l'office du juge du contrat administratif. À moins que les pouvoirs de résiliation partielle unilatérale et juridictionnelle ne cohabitent, ce qui n'irait sans doute pas dans le sens d'une simplification du traitement des irrégularités. À partir de quel moment faudrait-il en effet que la régularisation du contrat s'opère par une résiliation partielle, sur invitation du juge, ou, directement par ce dernier ?

Il est par ailleurs possible que cette faculté ne soit pas reconnue à l'administration dans le cadre d'une régularisation du contrat administratif, mais toujours considérée comme technique visant à « éviter l'inefficacité juridique *totale* du contrat illégal »¹⁶⁸⁴. Alors, il faut en conclure que le juge dispose lui-même d'un pouvoir de régularisation, par la résiliation partielle, mais également l'annulation partielle du contrat administratif. Dans l'absolu pourtant, l'analyse n'emporte aucune conséquence pratique : que ce soit sur le fondement de la correction ou de la sanction de l'irrégularité, le contrat administratif est consolidé pour partie.

Une seconde acception de la notion de régularisation offre encore davantage de possibilités, à condition d'opérer un changement de paradigme. La régularisation peut en effet être envisagée, non pas comme celle du contrat, mais comme celle de la situation qui en découle. Le juge du contrat n'est plus seulement le garant de la stabilité des relations

¹⁶⁸² CE, 10 juillet 2020, *Société Comptoir Négoce Équipement, Lebon* p. 281, concl. G. PELLISSIER ; F. BRENET, DA 2020 comm. 40 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2020 act. 431 ; S. HUL, *AJCT* 2021 p. 34 ; J.-C. ROTOULLIÉ, *AJDA* 2021 p. 164. Une telle faculté était déjà octroyée à la personne publique, mais reposait sur le motif d'intérêt général. Le présent arrêt distingue le motif fondé sur l'irrégularité du contrat de celui fondé sur l'intérêt général et le soumet à un régime spécifique.

¹⁶⁸³ Bien que le pouvoir de résiliation unilatérale du contrat illégal soit consacré au titre des prérogatives dont dispose l'administration dans le cadre de l'exécution du contrat, cette faculté pourrait partiellement être mise en œuvre afin de régulariser le contrat administratif irrégulier.

¹⁶⁸⁴ P. BOURDON, « Contrat administratif et régularisation(s) », préc.

contractuelles nées d'un contrat administratif dont il faut assurer le maintien. Il est érigé au rang de gardien d'une situation juridique et matérielle qui dépasse le seul cadre des liens établis entre deux parties. Concrètement, la régularisation a ici pour finalité d'assurer la continuité d'un service public ou la poursuite de l'exécution de travaux par exemple¹⁶⁸⁵, y compris au détriment du contrat initial. Celui-ci n'est pas nécessairement sauvé, mais peut être remplacé par un nouveau contrat en bonne et due forme. En résumé, la seconde conception de la régularisation admet la réfection. Cette dernière « consiste à remplacer un acte juridique par un autre ayant le même objet. L'acte est donc renouvelé de façon régulière [...]. Puisque le nouvel acte a le même objet que le précédent, la situation juridique créée est identique, matériellement parlant [...]. Mais l'acte initial disparaît inévitablement »¹⁶⁸⁶.

L'initiative pourrait venir des parties, qui concluraient un nouveau contrat après résiliation unilatérale du contrat initial par l'administration. On peut cependant considérer que dans les faits, la réfection existe déjà en tant que mesure de résiliation. Tel est précisément le cas lorsque le juge prononce la résiliation ou la résolution du contrat administratif et que la personne publique en conclut un nouveau ayant le même objet. L'enrichissement de l'office du juge sur ce point pourrait alors être constitué par le pouvoir d'assortir à la disparition du contrat une injonction d'en signer un second afin de remplacer le premier. Reste que le procédé présenterait un risque de rupture de « la continuité temporelle de la situation »¹⁶⁸⁷ juridique et matérielle (suspension des travaux publics, arrêt du service public, etc.) entre la disparition de l'acte initial et l'apparition du nouveau. Le problème est surmontable en cas de résiliation. Le juge peut toujours prononcer la résiliation du contrat avec effet différé afin de laisser aux parties le temps nécessaire pour tirer les conséquences de sa décision¹⁶⁸⁸. Les cocontractants disposeraient ainsi d'un laps de temps leur permettant de préparer un nouveau contrat au moment où la disparition du contrat initial prendra effet, ce qui assurera une continuité des relations contractuelles et de l'exécution des prestations. Il l'est moins en cas d'annulation. Sauf à ce que la réfection soit rétroactive, l'effacement pour le passé et l'avenir du contrat obligerait les cocontractants à

¹⁶⁸⁵ C'est évidemment aussi le cas lorsque la régularisation du contrat passe par la correction de l'irrégularité qui l'entache, mais l'objectif poursuivi est la sauvegarde de l'acte initial.

¹⁶⁸⁶ J.-F. LAFAT, « La régularisation en matière contractuelle », préc.

¹⁶⁸⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸⁸ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

remettre la situation en l'état pour la recréer à l'identique. L'effet différé de la résolution du contrat ne serait d'aucun secours.

Par ailleurs, l'intégration de la réfection parmi les mesures de régularisation du contrat administratif pourrait bien heurter un obstacle de taille : l'incertitude de conclure un nouveau contrat avec le même cocontractant. La résiliation ou l'annulation du contrat sont en effet susceptibles d'être prononcées en raison de vices graves entachant la procédure de passation. Dans ces conditions, rien ne laisse présager la signature d'un second contrat avec les mêmes protagonistes. Et s'il faut finalement conclure un contrat similaire, purgé de ses irrégularités, c'est-à-dire avec le même cocontractant et portant sur le même objet, n'est-il pas préférable de conserver le contrat initial en procédant à sa correction par d'autres mesures de régularisation ? Cette interrogation nous mène à concevoir la régularisation comme la « consolidation de l'acte illégal par correction de l'irrégularité initiale »¹⁶⁸⁹.

Pour autant, la régularisation *du contrat administratif* peut elle-même s'enrichir d'autres modalités par une intervention directe du juge. La faculté de ce dernier de procéder à la régularisation du contrat illégal se limiterait cependant aux hypothèses dans lesquelles l'irrégularité est imputable aux parties et par conséquent contenue dans le contrat. Il n'est effectivement pas envisageable que le juge se substitue à l'administration en adoptant un acte administratif unilatéral détachable du contrat. Cela reviendrait notamment à concevoir qu'il se prononce en lieu et place de l'assemblée délibérante, en cas de convocation irrégulière, d'insuffisance d'informations de ses membres ou de défaut d'habilitation par exemple. Envisager la possibilité pour le juge de régulariser directement le contrat administratif conduit alors à rouvrir le débat sur l'opportunité de lui confier un pouvoir de modification de certaines clauses.

Alors qu'on pouvait penser cette compétence disparue de l'office du juge du contrat à compter de la décision *Béziers I*¹⁶⁹⁰, au mieux pouvait-on en conclure qu'elle ne compterait pas parmi les outils à disposition du juge saisi par les parties. Intégré en effet au sein des pouvoirs du juge du contrat à l'occasion de l'ouverture de son prétoire aux concurrents évincés¹⁶⁹¹, le pouvoir de modification n'en avait pas pour autant été écarté lors du transfert

¹⁶⁸⁹ J.-F. LAFAIX, « La régularisation en matière contractuelle », préc.

¹⁶⁹⁰ CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

¹⁶⁹¹ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

du déféré préfectoral dans le plein contentieux¹⁶⁹². Seul l'arrêt *Tarn-et-Garonne*¹⁶⁹³ l'aura définitivement enterré. Il faut dire qu'à l'époque de la jurisprudence *Tropic Travaux*¹⁶⁹⁴, le pouvoir de modification judiciaire du contrat administratif avait alors fait l'objet sinon d'une vindicte doctrinale, au moins d'un certain ressentiment¹⁶⁹⁵ en raison de l'atteinte portée à l'autonomie de la volonté et à la liberté contractuelle¹⁶⁹⁶. Sans doute est-ce qui explique la réticence du juge du contrat administratif à utiliser cette faculté qui n'a *a priori* jamais été mise en œuvre¹⁶⁹⁷.

La volonté des parties ne peut cependant pas systématiquement se constituer en obstacle à la modification juridictionnelle du contrat administratif dès lors qu'en principe, le juge du plein contentieux dispose d'un pouvoir de réformation de l'acte soumis à son contrôle¹⁶⁹⁸. Par ailleurs, la réinstauration d'une faculté de modification judiciaire du contrat présenterait un avantage certain dans l'hypothèse où sa mise en œuvre relèverait de la sanction. En l'absence d'intervention des parties dans le délai imparti après invitation à régulariser le contrat, par négligence ou par déloyauté contractuelle, l'intervention du juge administratif, le cas échéant en concertation avec les cocontractants¹⁶⁹⁹, reviendrait à sauver un contrat condamné à la résiliation ou à l'annulation¹⁷⁰⁰. Finalement, la réintroduction du pouvoir de modification du contrat administratif par le juge aurait davantage de sens que l'emploi de la réfection comme technique de régularisation juridictionnelle.

¹⁶⁹² CE Sect., 23 décembre 2011, *Ministre de l'Intérieur, Lebon* p. 662 ; concl. B. DACOSTA, *BJCP* 2012 p. 125 ; F. BRENET, *RJEP* 2012 comm. 25 ; A. CLAEYS, *DA* 2012 comm. 27 ; P. DELVOLVÉ, *RFDA* 2012 p. 683 ; M. QUYOLLET, *AJDA* 2012 p. 1064 ; CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁶⁹³ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁶⁹⁴ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

¹⁶⁹⁵ V. notamment en ce sens : F. BRENET, « Libres propos sur la « judiciarisation » du contrat administratif : un nouveau juge pour un nouveau contrat administratif ? » in *Mélanges Richer*, p. 529 ; D. CASAS et P. DELVOLVÉ, « Un nouveau juge pour le contrat administratif », *RJEP* 2007 dossier 1 ; D. POUYAUD, « Un nouveau recours contentieux : le recours en contestation de la validité du contrat à la demande du concurrent évincé », *RFDA* 2007 p. 923.

¹⁶⁹⁶ « Il n'appartient pas au juge administratif de modifier les clauses d'un contrat librement acceptées par les parties » (CE Sect., 21 janvier 1944, *Société d'entreprises et de construction en béton armé, Lebon* p. 23).

¹⁶⁹⁷ F. BRENET, « Libres propos sur la « judiciarisation » du contrat administratif : un nouveau juge pour un nouveau contrat administratif ? » ; J.-F. LAFAIX, « L'évolution de l'office du juge du contrat administratif » in *Le renouvellement de l'office du juge administratif*, dir. J.-F. LAFAIX, Berger-Levrault, 2017, p. 99.

¹⁶⁹⁸ B. SEILLER et M. GUYOMAR, *Contentieux administratif*, 6^e éd., Dalloz, 2021, p. 526, n° 921.

¹⁶⁹⁹ « [La] modification du contrat par le juge tient nécessairement compte de la volonté des cocontractants et permet de réduire les risques de litige ultérieur » (P. BOURDON, « Le contentieux du contrat administratif illégal après la décision *Tarn-et-Garonne* », *JCP G* 2014 doctr. 732).

¹⁷⁰⁰ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

L'enrichissement du pouvoir de régularisation du contrat administratif ne passe pourtant pas uniquement par la reconnaissance de nouveaux procédés régularisateurs, qu'ils soient déployés par les parties sur invitation du juge ou par ce dernier lui-même. La régularisation du contrat est encore susceptible d'être renforcée par un accroissement des catégories de vices régularisables.

B/ L'extension du champ d'application de la régularisation

L'invitation à régulariser le contrat ne peut être adressée aux parties par le juge qu'à la condition que ce dernier estime le vice régularisable. Mathématiquement, plus les irrégularités sont nombreuses, plus le pouvoir d'*incitation* à régulariser le contrat se déploie et offre l'opportunité de maintenir l'acte dans l'ordonnement juridique. Il a précédemment été démontré, notamment sur la base d'une classification proposée par le Professeur Jean-François Lafaix¹⁷⁰¹, que certaines catégories de vices se soumettaient aisément au processus de régularisation¹⁷⁰². On recense ainsi, parmi les irrégularités régularisables, d'une part, celles entachant l'expression du consentement de la personne publique, comme les vices de procédure¹⁷⁰³ ou les vices de compétence¹⁷⁰⁴ ; d'autre part,

¹⁷⁰¹ J.-F. LAFAIX, « La régularisation en matière contractuelle », préc.

¹⁷⁰² V. *supra*. p. 283 et s.

¹⁷⁰³ À propos de l'insuffisance d'informations sur la durée de la convention : CE, 4 juillet 2012, *Communauté d'agglomération de Chartres Métropole*, n° 352417 ; concl. N. BOULOUIS, *BJCP* 2012 p. 426 ; G. ECKERT, *Contrats-Marchés publ.* Août 2012 comm. 257 ; J. MARCHAND, *DA* Mars 2013 ét. 6 ; D. POUPEAU, *AJDA* 2012 p.1376 ; J.-B. VILA, *JCP A* 2012 p. 2388. À propos de l'insuffisance d'informations sur les conséquences financières du recours à un contrat de partenariat : CE, 11 mai 2016, *Rouveyre*, n° 383768 ; concl. O. HENRARD, *BJCP* 2016 p. 254 ; F. BRENET, *DA* 2016 comm. 46 ; S. COLMANT et E. TESSIER, *JCP A* 2016 p. 2143 ; L. ERSTEIN, *ibid.* act. 407 ; M.-C. DE MONTECLER, *AJDA* 2016 p. 924 ; M. UBAUD-BERGERON, *Contrats-Marchés publ.* Juillet 2016 comm. 171 ; CE, 20 mai 2016, *Association Avenir d'Alet et autres*, n° 375779 ; H. HOEPFFNER, *Contrats-Marchés publ.* Juillet 2016 comm. 185. À propos du caractère incomplet ou de la validité de l'avis du service des domaines, préalable à la cession d'une dépendance du domaine privé (dans le cadre du recours contre un acte détachable d'un contrat de droit privé) : CE, 8 juin 2011, *Commune de Divonne-les-Bains, Lebon* p. 278 ; concl. B. DACOSTA, *BJCP* 2011 p. 381 ; A. BRETONNEAU, *RJEP* 2012 comm. 4 ; J.-D. DREYFUS, *AJDA* 2011 p. 1685 ; R. GRAND, *ibid.* p. 1172 ; G. LE CHATELIER, *AJCT* 2011 p. 402 ; J.-P. PIÉTRI, *Contrats-Marchés publ.* 2011 comm. 304 ; CE, 10 avril 2015, *Commune de Levallois-Perret, Lebon T.* p. 545-748-822 ; concl. B. BOHNERT, *RFD A* 2015 p. 926 ; O. DIDRICHE, *AJCT* 2015 p. 394 ; N. FOULQUIER, *RDI* 2015 p. 305 ; M.-C. DE MONTECLER, *AJDA* 2015 p. 725 ; J.-P. PIÉTRI, *Contrats-Marchés publ.* Juin 2015 comm. 156.

¹⁷⁰⁴ À propos d'un défaut d'habilitation : CE, 28 janvier 2013, *Syndicat mixte Flandre Morinie*, n° 358302 ; concl. G. PELLISSIER, *JCP A* 2013 p. 2185 ; C. BIGET, *AJDA* 2013 p. 260 ; M. PHILIP-GAY, *AJCT* 2013 p. 303 ; J.-P. PIÉTRI, *Contrats-Marchés publ.* Mars 2013 comm. 87 ; CE, 20 mai 2016, *Association Avenir d'Alet*, préc. ; CAA Bordeaux, 8 juin 2015, *Communauté de communes du Quercy Caussadais*, n° 13BX02453 ; H.

certaines vices affectant la procédure de passation¹⁷⁰⁵, dès lors qu'ils sont également envisagés sous l'angle de l'expression du consentement de la personne publique¹⁷⁰⁶. *A contrario*, ne peuvent *a priori* faire l'objet d'une régularisation les vices portant atteinte à l'intégrité du consentement de l'administration¹⁷⁰⁷, les vices affectant la procédure de publicité et de mise en concurrence,¹⁷⁰⁸ car ils conduisent à fausser le libre jeu de la concurrence et à entraver les principes de la commande publique¹⁷⁰⁹ et, enfin, les vices entachant l'objet ou les clauses du contrat administratif¹⁷¹⁰.

L'impossible régularisation des irrégularités précitées répond à la logique selon laquelle ils entraînent en principe¹⁷¹¹ la résiliation¹⁷¹² voire la résolution du contrat. En particulier, chacune de ces catégories de vices correspondent respectivement aux irrégularités expressément mentionnées dans la décision *Tarn-et-Garonne*¹⁷¹³ comme motif d'annulation du contrat administratif. Ainsi, les vices entachant l'objet ou les clauses du contrat constituent son « contenu illicite »¹⁷¹⁴, ceux affectant l'intégrité du consentement de la personne publique se rapportent au « vice du consentement »¹⁷¹⁵, tandis que les irrégularités

HOEPFFNER, *Contrats-Marchés publ.* Août 2015 comm. 207 ; CE, 28 janvier 2013, *Syndicat mixte Flandre Morinie*, n° 358302 ; concl. G. PELLISSIER, *JCP A* 2013 p. 2185 ; C. BIGET, *AJDA* 2013 p. 260 ; M. PHILIP-GAY, *AJCT* 2013 p. 303 ; J.-P. PIÉTRI, *Contrats-Marchés publ.* Mars 2013 comm. 87.

¹⁷⁰⁵ À propos de la consultation d'une commission d'appel d'offres postérieure à la conclusion du contrat administratif : CE, 28 janvier 2013, *Syndicat mixte Flandre Morinie*, préc.

¹⁷⁰⁶ V. en ce sens : J.-F. LAFIX, « La régularisation en matière contractuelle », préc.

¹⁷⁰⁷ V. notamment en ce sens : *ibid.* ; E. LANGELIER et A. VIROT-LANDAIS, « Mérites et limites du recours à la régularisation des actes viciés », *JCP A* 2015 p. 2245 ; M. DE MONSEMBERNARD, « Contrats de la commande publique : contentieux de la validité », préc., n° 348.

¹⁷⁰⁸ CE, 10 décembre 2012, *Société Lyonnaise des eaux France, Lebon T.* p. 855, 857, 859 et 901 ; F. BRENET, *DA* Mars 2013 comm. 19 ; D. POUPEAU, *AJDA* 2012 p. 2409 ; CAA Marseille, 19 décembre 2016, *Association Avenir d'Alet*, n° 16MA00717 ; CAA Bordeaux, 2 février 2017, *Association Savès-accueil Transparence*, n°s 14BX02682 et 14BX02684 ; H. HOEPFFNER, *Contrats-Marchés publ.* Avril 2017 comm. 111.

¹⁷⁰⁹ Art. L. 3 CCP : « Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. »

¹⁷¹⁰ CE, 20 juin 2012, *SDIS du Nord*, n° 342843 ; E. PÉCHILLON, *AJCT* 2012 p. 630 ; CE, 10 juillet 2013, *Commune de Vias*, n° 362304 ; R. GRAND, *AJDA* 2013 p. 1480 ; CE, 1^{er} octobre 2013, *Société Espace habitat construction, Lebon T.* p. 695 ; concl. V. DAUMAS, *BJCP* 2014 p. 32 ; F. BRENET, *DA* 2013 comm. 80 ; P. DEVILLERS, *Contrats-Marchés publ.* 2013 comm. 322 ; N. FOULQUIER, *RDI* 2014 p. 46 ; J.-F. GIACUZZO, *AJDA* 2013 p. 2275 ; S. HUL, *AJCT* 2013 p. 571 ; H. PAULIAT, *JCP A* 2014 p. 2196.

¹⁷¹¹ Sauf notamment réserve d'intérêt général.

¹⁷¹² Notamment certains vices entachant la procédure de passation : v. *supra*. p. 292 et s.

¹⁷¹³ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁷¹⁴ *Ibid.*

¹⁷¹⁵ *Ibid.*

relatives à la procédure de passation intègrent la notion de « tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office »¹⁷¹⁶.

Une lecture plus attentive de la décision *Tarn-et-Garonne*¹⁷¹⁷ laisse malgré tout entrevoir une possibilité de régulariser les vices entraînant la disparition du contrat administratif. Le Conseil d'État affirme en effet que le juge peut « inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, *sauf à résilier ou résoudre le contrat* »¹⁷¹⁸. Si l'absence de mesure de régularisation est sanctionnée par la résiliation ou la résolution du contrat administratif, c'est que ce dernier est entaché de vices justifiant sa disparition. Or le Conseil d'État admet ici que le juge du contrat puisse décider, avant d'envisager une mesure aussi attentatoire à la stabilité des relations contractuelles, de proposer aux parties d'effacer les irrégularités menaçant la survie du contrat administratif, y compris si ces irrégularités sont d'ordre public. Le changement terminologique est suffisamment novateur pour être souligné. Aucun des grands arrêts du contentieux contractuel administratif n'avait exposé en ces termes la faculté de décider de la régularisation du contrat. Tous prévoyaient que le juge du contrat pouvait décider de la poursuite de l'exécution du contrat « éventuellement sous réserve de mesures de régularisation »¹⁷¹⁹, semblant alors exclure cette option aux vices justifiant la disparition prospective ou rétroactive du contrat.

La mise en œuvre de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*¹⁷²⁰ a ainsi offert l'opportunité de régulariser un contrat administratif dont le contenu était illicite en raison de son objet, par une décision du Conseil d'État *Association Comité d'aménagement du VIIe arrondissement* rendue le 20 juillet 2021¹⁷²¹. En l'espèce, une concession de travaux en vue de la conception, de la réalisation, du financement et de l'exploitation d'une structure temporaire avait été conclue en méconnaissance de la capacité d'accueil fixée par décret. Confirmant sur ce point la

¹⁷¹⁶ *Ibid.*

¹⁷¹⁷ *Ibid.*

¹⁷¹⁸ *Ibid.*

¹⁷¹⁹ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc. ; CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc. ; CE Sect., 23 décembre 2011, *Ministre de l'Intérieur*, préc.

¹⁷²⁰ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁷²¹ CE, 20 juillet 2021, *Association Comité d'aménagement du VIIe arrondissement*, n°444715 ; J. MARTIN, G. PELLISSIER et N. GABAYET, *JCP A* 2021 p. 2267 ; E. MULLER, *Contrats-Marchés publ.* 2021 comm. 317. Confirmant l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris : CAA Paris, 21 juillet 2020, *Association Comité d'aménagement du VIIe arrondissement*, n° 19PA04069 ; E. MULLER, *Contrats-Marchés publ.* 2020 comm. 299.

position du juge d'appel¹⁷²², le Conseil d'État a jugé que « cette méconnaissance, portant sur une caractéristique essentielle de l'ouvrage à réaliser, rendait illicite l'objet du contrat en cause »¹⁷²³, mais également « [qu'en] recherchant si ce vice était, en l'espèce, susceptible d'être couvert par une mesure de régularisation, qui doit pouvoir être prise dans le respect des règles de la commande publique, et en invitant les parties à régulariser le contrat, sauf à ce qu'elles préfèrent le résilier ou le résoudre, sans procéder à l'annulation totale ou partielle de celui-ci, la cour [n'avait] pas commis d'erreur de droit »¹⁷²⁴. Bien que le contrat litigieux fût régularisé par la modification du décret fixant la capacité d'accueil de la structure¹⁷²⁵, cette décision témoigne de la faculté du juge du contrat à inviter les parties à procéder à la régularisation d'un contrat administratif dont le contenu est illicite, y compris en raison de son objet. Une modification du contrat, par le retrait ou l'ajout de clauses, est par conséquent susceptible de rendre son contenu licite et ainsi éviter son annulation.

Certes la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne*¹⁷²⁶ livre également des exemples de régularisation de contrats administratifs dont le contenu était illicite. Il avait par exemple été admis, à l'occasion d'un recours contre un acte détachable d'un bail à construction illégal en raison des caractères des droits réels consentis au preneur sur le domaine public¹⁷²⁷, qu'il était loisible aux parties de « décider de régulariser le contrat en mettant en conformité les stipulations de la convention conclue [...] avec les dispositions du code général de la propriété des personnes publiques »¹⁷²⁸. De même qu'il a été reconnu qu'un contrat de bail emphytéotique administratif conclu pour la réalisation d'un édifice de

¹⁷²² CAA Paris, 21 juillet 2020, *Association Comité d'aménagement du VIIe arrondissement*, préc.

¹⁷²³ CE, 20 juillet 2021, *Association Comité d'aménagement du VIIe arrondissement*, préc.

¹⁷²⁴ *Ibid.*

¹⁷²⁵ *Ibid.*

¹⁷²⁶ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁷²⁷ « [Cette] convention, d'une part, ne comporte pas toutes les clauses requises par les dispositions du code du domaine de l'État et reprises par le code général de la propriété des personnes publiques, applicables aux autorisations d'occupation temporaire du domaine public de l'État constitutives de droits réels et aux conventions de toute nature ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public de l'État, de nature à garantir l'utilisation du domaine public conformément à son affectation à l'utilité publique et, d'autre part, contient des clauses incompatibles avec le droit du domaine public avant sa modification par le code général de la propriété des personnes publiques ; qu'il suit de là que l'acte de cession de la convention conclue le 21 mars 2005 est illégal » (CE, 11 mai 2016, *Communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole*, *Lebon* p. 162, concl. O. HENRARD, *ibid.* et *BJCP* 2016 p. 288 ; P. DEVILLERS, *Contrats-Marchés publ.* 2016 comm. 196 ; L. DUTHELLET DE LAMOTHE et G. ODINET, *AJDA* 2016 p. 1173 ; E. FATÔME et J.-F. LAFAIX, *AJDA* 2017 p. 611 ; N. FOULQUIER, *RDI* 2016 p. 549 ; J.-M. PASTOR, *AJDA* 2016 p. 924).

¹⁷²⁸ *Ibid.*

culte en vue de l'affectation du lieu de culte à une association cultuelle pouvait être régularisé par l'insertion d'une clause résolutoire garantissant cette affectation dans l'hypothèse où l'affectataire ne serait pas l'emphytéote¹⁷²⁹.

Ces exemples de régularisation du contrat administratif entaché de vices justifiant son annulation, antérieurement à la décision *Tarn-et-Garonne*,¹⁷³⁰ tendraient à relativiser la marge de manœuvre concédée sur ce point au juge de plein contentieux. La brèche ouverte par le Conseil d'État, affirmant explicitement que les irrégularités entraînant par principe la résiliation et surtout la résolution du contrat peuvent faire l'objet d'une mesure de régularisation laisse cependant entrevoir de nouvelles perspectives au champ d'application de la régularisation du contrat administratif. Certains auteurs plaident ainsi en faveur de la possibilité de régulariser les vices de consentement, sur le modèle du droit civil.

De manière générale, le pouvoir du juge du contrat ressortirait renforcé d'une extension du champ des irrégularités corrigibles, en particulier si la régularisation admet également de nouveaux procédés, tels que la modification juridictionnelle du contrat administratif. La stabilité de celui-ci profiterait alors davantage à la continuité du service public et à l'intérêt général. Il apparaît à l'évidence que la faculté de régularisation du contrat administratif constitue le meilleur levier de sécurité, en ce qu'il permet de le purger de ses imperfections. Un autre pouvoir, dont l'objet consiste à tirer les conséquences des irrégularités affectant le contrat après leur traitement, mériterait en revanche d'être circonscrit.

§2. LA CIRCONSCRIPTION DU POUVOIR D'INDEMNISATION

Le pouvoir d'indemnisation dont dispose le juge du contrat administratif n'est pas destiné à agir sur les irrégularités, mais à en tirer les conséquences. L'octroi d'une indemnisation, si elle suppose la reconnaissance de l'illégalité du contrat, ne conduit pas à la faire disparaître ou à la relativiser. Pour les tiers n'ayant pas obtenu gain de cause par l'annulation ou la résiliation intégrales du contrat, elle présente l'avantage de leur accorder

¹⁷²⁹ CE, 10 février 2017, *Ville de Paris, Lebon* p. 721, concl. O. HENRARD, *AJDA* 2017 p. 684 ; O. DIDRICHE, *AJCT* 2017 p. 346 ; N. FOULQUIER, *RDI* 2017 p. 298 ; O. LE BOT, *JCP A* 2017 p. 2206 ; H. PAULIAT, *ibid.* p. 2114 ; D. POUPEAU, *AJDA* 2017 p. 319 ; M. UBAUD-BERGERON, *Contrats-Marchés publ.* 2017 comm. 102.

¹⁷³⁰ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

une compensation financière, de reconnaître et réparer le préjudice subi. En pratique cependant, cette faculté du juge du contrat ne semble profiter qu'à une catégorie limitée de tiers (A). Une plus large ouverture du recours « Tarn-et-Garonne » conduit alors à s'interroger sur l'opportunité de l'accompagner d'un développement du pouvoir d'indemnisation. Mais la conception du recours des tiers et de l'office du juge du contrat que nous proposons de retenir appelle plutôt à la modération de l'usage du pouvoir d'indemnisation (B).

A/ Un pouvoir à l'effectivité limitée

Dans la continuité de la jurisprudence *Société Tropic Travaux*¹⁷³¹, la décision *Tarn-et-Garonne*¹⁷³² prévoit que le juge du contrat peut « s'il en est saisi, [...] faire droit, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés »¹⁷³³. Elle se démarque cependant en ce qu'elle accorde cette faculté au juge « y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation »¹⁷³⁴. L'évolution mérite d'être saluée, car elle admet explicitement que la suppression d'une irrégularité n'en efface pas pour autant les lésions occasionnées aux droits des tiers. Elle est d'autant plus opportune qu'elle accompagne la progression du pouvoir de régularisation. La croissance du nombre de vices corrigibles suppose une prise en compte des conséquences du phénomène sur le droit à indemnisation des tiers. Dans le cas contraire, elle conduirait à priver les tiers-requérants de leurs chances d'être indemnisés proportionnellement à l'amenuisement des irrégularités entraînant la disparition du contrat administratif. La solution adoptée par le Conseil d'État respecte ainsi une certaine logique, selon laquelle toute illégalité est fautive¹⁷³⁵. L'édition d'un acte illégal entraîne la responsabilité de l'administration. Or la régularisation du contrat implique la reconnaissance de son caractère

¹⁷³¹ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

¹⁷³² CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁷³³ *Ibid.*

¹⁷³⁴ *Ibid.*

¹⁷³⁵ « Il est fait application dans le cas de dommages causés à autrui par la conclusion d'un contrat illégal du même principe qu'en matière d'acte unilatéral : toute illégalité est fautive. » (L. RICHER et F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, 12^e éd., LGDJ, 2021, n° 459).

illégal. L'effacement d'une irrégularité entachant le contrat administratif ne devrait donc pas faire obstacle au droit à indemnisation des victimes de dommages du fait de l'illégalité¹⁷³⁶.

Cette nouveauté n'est toutefois pas la seule à souligner. La confirmation du pouvoir d'indemnisation du juge du contrat administratif à l'occasion de l'ouverture de son prétoire à l'ensemble des tiers justifiant d'un intérêt lésé¹⁷³⁷ est loin d'être anodine. Bien qu'elle n'ait pas fait l'objet de commentaire particulier sur ce point, la décision *Tarn-et-Garonne*¹⁷³⁸ reconnaît une éventuelle atteinte du contrat administratif illégal aux droits des tiers, notamment en leur qualité de contribuable, d'usager du service public ou d'association et admet ainsi réparation du préjudice à titre accessoire ou complémentaire¹⁷³⁹. Malgré tout, l'actualité juridique ne fournit aucun exemple d'indemnisation de tiers autre qu'un candidat évincé¹⁷⁴⁰. À tel point que le contentieux indemnitaire¹⁷⁴¹ est classiquement présenté dans les ouvrages de droit des contrats administratifs comme le contentieux des concurrents évincés de la passation du contrat¹⁷⁴². Le phénomène s'explique cependant par le régime de l'indemnisation. Le préjudice exigé pour faire droit à la demande doit de « l'atteinte à des *droits lésés* »¹⁷⁴³. De l'aveu du rapporteur public Bertrand Dacosta, l'adoption de la notion de droit lésé comme condition de recevabilité du recours en contestation de la validité du contrat conduit à « [laisser] au bord de la route des catégories entière de requérants »¹⁷⁴⁴. C'est également le cas lorsqu'elle est requise pour ouvrir droit à indemnisation. Mais il ne peut en aller autrement. Ainsi que le souligne le Professeur Pierre Delvolvé, « le droit à

¹⁷³⁶ « Aucune illégalité n'est exclue a priori, dès lors qu'elle est susceptible d'être à l'origine du dommage et l'arrêt *Tarn-et-Garonne* apporte l'importante précision qu'il peut être fait droit à des conclusions à fin d'indemnisation y compris lorsque le juge invite les parties à prendre des mesures de régularisation. » (*Ibid.*).

¹⁷³⁷ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁷³⁸ *Ibid.*

¹⁷³⁹ CE Avis, 11 mai 2011, *Société Rebillon Schmit Prevot, Lebon* p. 209, concl. B. BOULOUIS, *BJCP* 2011 p. 226 ; F. BRENET, *DA* 2011 comm. 66 ; S. DAVESNE, *AJDA* 2011 p. 1483 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2011 act. 655 ; F. LINDITCH, *JCP A* 2011 p. 2204 ; R. NOGUELLOU, *AJDA* 2011 p. 932 et *RDI* 2011 p. 397 ; G. POITREAU, *BJCP* 2011 p. 226 ; W. ZIMMER, *Contrats-Marchés publ.* 2011 comm. 220. L'avis prévoit cependant que le requérant (l'entreprise évincée) « peut également engager un recours de pleine juridiction distinct, tendant exclusivement à une indemnisation du préjudice subi à raison de l'illégalité de la conclusion du contrat ».

¹⁷⁴⁰ Les recherches dans les principales bases juridiques Dalloz et Lexis360 se sont révélées infructueuses.

¹⁷⁴¹ Nous désignons ici les conclusions présentées à titre accessoire ou complémentaire aux conclusions à fin de contestation de la validité du contrat administratif.

¹⁷⁴² V. notamment : O. GUÉZOU, *Traité de contentieux de la commande publique*, 2^e éd., Le Moniteur, 2018, pp. 207-257 ; H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., Dalloz, 2019, pp. 888-893 ; L. RICHER et F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, préc., pp. 220-222 ; M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, 4^e éd., LexisNexis, 2022, pp. 525-527.

¹⁷⁴³ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁷⁴⁴ B. DACOSTA, Concl. sur CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

indemnité est sans doute le plus subjectif qui soit, donnant lieu à un contentieux qui ne peut être que subjectif »¹⁷⁴⁵. Le contentieux indemnitaire suppose donc par nature, comme la mise en œuvre du pouvoir d'indemnisation, de raisonner à travers le prisme du droit subjectif, c'est-à-dire en termes de droit lésé.

Alors que la démonstration d'un « intérêt lésé de façon suffisamment directe et certaine par la passation du contrat ou de certaines de ses clauses »¹⁷⁴⁶ s'avère difficile, celle d'un « préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés »¹⁷⁴⁷ l'est encore plus. Or, les opérateurs économiques, principalement les candidats évincés, sont mieux armés que les autres tiers pour établir l'existence d'un tel préjudice, en raison de l'atteinte à leurs intérêts patrimoniaux occasionnée par une éviction irrégulière de la passation du contrat. Le phénomène s'explique également par l'héritage jurisprudentiel sur lequel s'est construit le contentieux indemnitaire des tiers au contrat administratif. « Presque toujours la victime de l'illégalité est un concurrent évincé d'un contrat de la commande publique et même si d'autres cas de figure peuvent se présenter (ex. : illégalité d'une convention d'occupation du domaine public nuisant au voisin), les règles jurisprudentielles portent sur ce cas¹⁷⁴⁸. Le Conseil d'État admet ainsi la réparation du préjudice né de l'éviction irrégulière du candidat, sur la base de conditions ayant été synthétisées par la décision *Société Les téléskis de la Croix-Fry* du 14 octobre 2019¹⁷⁴⁹.

¹⁷⁴⁵ P. DELVOLVÉ, « Propos introductifs : Droits publics subjectifs des administrés et subjectivisation du droit administratif » in *Les droits publics subjectifs des administrés*, LexisNexis, 2011, p. 3.

¹⁷⁴⁶ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁷⁴⁷ *Ibid.*

¹⁷⁴⁸ L. RICHER et F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 459.

¹⁷⁴⁹ « Lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce contrat et qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute résultant de l'irrégularité et les préjudices invoqués par le requérant à cause de son éviction, il appartient au juge de vérifier si le candidat était ou non dépourvu de toute chance de remporter le contrat. En l'absence de toute chance, il n'a droit à aucune indemnité. Dans le cas contraire, il a droit en principe au remboursement des frais qu'il a engagés pour présenter son offre. Il convient en outre de rechercher si le candidat irrégulièrement évincé avait des chances sérieuses d'emporter le contrat conclu avec un autre candidat. Si tel est le cas, il a droit à être indemnisé de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre, lesquels n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique. En revanche, le candidat ne peut prétendre à une indemnisation de ce manque à gagner si la personne publique renonce à conclure le contrat pour un motif d'intérêt général. » (CE, 14 octobre 2019, *Société Les téléskis de la Croix-Fry*, concl. M. LE CORRE, *BJCP* 2020 p. 34 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2019 act. 667 ; H. HOEPFFNER, *Contrats-Marchés publ.* 2019 comm. 378 ; S. HUL, *AJCT* 2020 p. 83 ; M. MAUPIN, *AJDA* 2019 p. 2089).

En outre, on peut supposer que la surreprésentation des candidats évincés au sein du contentieux indemnitaire trouve son origine dans leur motivation exclusivement financière à contester le contrat administratif. Leur éviction de la procédure de passation entraîne une chance d'obtenir le contrat, donc un manque à gagner. C'est la raison qui les pousse à contester la validité du contrat et à réclamer à titre accessoire ou complémentaire la réparation du préjudice subi. Une tendance à limiter leur demande à la seule indemnisation, par un recours distinct, semble même se dessiner¹⁷⁵⁰. L'introduction d'un recours contre le contrat administratif à l'initiative d'un autre tiers peut en revanche reposer sur un motif différent qu'un motif pécunier. La contestation du contrat peut être motivée par une remise en cause dans les choix de politiques publiques d'une collectivité par exemple. D'aucuns encore peuvent estimer que l'atteinte à leurs droits n'a pas d'équivalent monnayable.

Le bénéfice du pouvoir d'indemnisation s'avérant dans les faits exclusivement destiné aux candidats évincés, se pose la question d'une révision des conditions de réparation des préjudices éventuellement subis par les tiers en raison de l'illégalité d'un contrat administratif.

B/ Un pouvoir à modérer

Indépendamment du caractère singulier du recours des tiers contre le contrat administratif précédemment démontré¹⁷⁵¹, il n'en demeure pas moins qu'une partie de l'office du juge est, à tout le moins en l'état, destiné à protéger des droits subjectifs. L'ensemble des pouvoirs du juge du contrat s'insèrent dans un contentieux de pleine juridiction, par la diversité de leurs finalités. On peut estimer que ceux conduisant à l'ignorance ou à la reconnaissance des irrégularités (appréciation du point de départ et du terme du délai, de l'intérêt à agir, des moyens invocables) ou encore au traitement de celles-ci (poursuite de l'exécution du contrat, régularisation, résiliation ou annulation) sont principalement consacrés à la stabilisation des relations contractuelles, le cas échéant au respect du principe de légalité. Mais le pouvoir d'indemnisation est affecté à la réparation de droits lésés. Il représente ce qu'il y a de plus subjectif au sein du recours en contestation

¹⁷⁵⁰ V. en ce sens : F. LINDITCH, « Tarn-et-Garonne – Conclusions limitées à une demande d'indemnisation », JCP A 2019 p. 2160.

¹⁷⁵¹ V. *supra*. p. 217 et s.

de la validité du contrat réservé aux tiers. Il s'oppose ainsi aux instruments mis à disposition au nom du caractère administratif du contrat, assurant notamment la continuité du service public et la préservation de l'intérêt général.

Ce constat s'accompagne par ailleurs d'une proposition d'amélioration du recours des tiers contre le contrat administratif, en faveur d'un renforcement de la dimension publique de ce dernier. Il ne s'agit d'ailleurs pas tant de changer la perception contentieuse du contrat que de respecter sa vraie nature. Parmi les modifications suggérées, l'une mérite tout particulièrement d'être mise en parallèle avec le droit à indemnisation des tiers. Il s'agit de celle visant, du point de vue de l'accès au juge, à ouvrir davantage le recours des tiers contre le contrat administratif¹⁷⁵² et qui, du point de vue de l'office du juge, tend à favoriser la reconnaissance et donc la prise en compte des irrégularités¹⁷⁵³. À l'heure actuelle, deux notions au sein du contentieux de la validité du contrat administratif réservé aux tiers : la notion d'*intérêt lésé*¹⁷⁵⁴ et celle de *droit lésé*¹⁷⁵⁵. Alors que la première conditionne en partie la recevabilité du recours, la seconde détermine le droit éventuel à indemnisation. Mais si la notion de *droit lésé* est plus restrictive que celle d'*intérêt lésé*, elles conservent cependant une certaine proximité¹⁷⁵⁶. Dès lors qu'il est admis que le tiers-requérant est « susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine »¹⁷⁵⁷ par la passation du contrat ou de certaines de ses clauses, au regard des moyens soulevés, il peut espérer obtenir réparation du préjudice causé par l'illégalité du contrat. La détermination du droit au recours, comme celle du droit à indemnisation s'opère de manière subjective, voire individuelle. En revanche, l'élargissement de l'accès au prétoire du juge à tous les tiers dont la qualité justifie d'un intérêt à contester le contrat administratif, modifierait (ou confirmerait) la nature du recours par l'introduction d'éléments objectifs. Faut-il alors conserver le pouvoir d'indemnisation du juge du contrat dans sa forme initiale, la plus

¹⁷⁵² V. *supra*. p. 227 et s.

¹⁷⁵³ V. *supra*. p. 331 et s.

¹⁷⁵⁴ CE Ass., 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, préc.

¹⁷⁵⁵ *Ibid.*

¹⁷⁵⁶ « À la condition d'intérêt pour agir du recours pour excès de pouvoir est substituée celle d'intérêts pouvant être lésés, qui est évidemment plus restrictive. [...] Elle ne va pas jusqu'à celle de droits lésés qu'avait évoquée M. Casas dans ses conclusions sur l'arrêt *Tropic* [...]. L'arrêt [*Tarn-et-Garonne*] s'en tient à la formule intermédiaire de l'intérêt pouvant être lésé. » (P. DELVOLVÉ, « De *Martin* à *Bonhomme*. Le nouveau recours des tiers contre les contrats administratifs », *RFDA* 2014 p. 438).

¹⁷⁵⁷ CE Ass., 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, préc.

subjective qui soit, au sein d'un contentieux dont le renforcement du caractère objectif est envisagé ?

La cohabitation d'un droit à indemnisation fondé sur la réparation d'un droit lésé avec un accès au juge dépendant de la qualité objective du requérant ne va pas de soi. Si on admet la recevabilité du recours d'un tiers parce qu'il représente davantage que son intérêt personnel, c'est-à-dire un intérêt collectif, partagé avec d'autres administrés, voire un intérêt public, il semblerait paradoxal de ne reconnaître un droit à indemnisation qu'en raison de l'atteinte portée à un droit subjectif. Sans doute faudrait-il admettre, plus largement, réparation du *préjudice déconlant de l'atteinte à l'intérêt* du tiers-requérant. Mais présentée à titre accessoire ou complémentaire, seuls les tiers ayant contesté la validité du contrat administratif pourraient voir leur demande d'indemnisation satisfaite. Ne pourrait-on pas reconnaître que le droit à réparation est alors ouvert à l'ensemble des tiers partageant la même qualité que celui qui a saisi le juge du contrat administratif ? Ainsi par exemple, l'illégalité d'un contrat portant atteinte aux intérêts des opérateurs économiques, des contribuables locaux ou des usagers du service public serait susceptible, soit d'inciter ces derniers à se regrouper pour attaquer le contrat administratif et réclamer à cette occasion répartition du préjudice ; soit de les encourager à demander indemnisation par un recours distinct¹⁷⁵⁸. La constitution des tiers en groupements collectifs renforcerait l'objectivisation du pouvoir d'indemnisation du juge contrat, ainsi destiné à réparer l'atteinte portée à un intérêt transcendant les seuls intérêts personnels. Mais dans l'hypothèse où de nombreux tiers prétendraient à l'octroi d'une indemnisation à titre individuel (sans que celui-ci ne dépende toutefois d'un droit lésé), l'admission plus favorable d'un droit à réparation pourrait créer un appel d'air.

¹⁷⁵⁸ S'agissant des concurrents évincés : « En vue d'obtenir réparation de ses droits lésés, le concurrent évincé a ainsi la possibilité de présenter devant le juge du contrat des conclusions indemnitaires, à titre accessoire ou complémentaire à ses conclusions à fin de résiliation ou d'annulation du contrat. Il peut également engager un recours de pleine juridiction distinct, tendant exclusivement à une indemnisation du préjudice subi à raison de l'illégalité de la conclusion du contrat dont il a été évincé. » (CE Avis, 11 mai 2011, *Société Rebillon Schmit Prevot*, préc.).

Même à l'heure de la reconnaissance des actions collectives en droit administratif¹⁷⁵⁹, en particulier de l'action de groupe¹⁷⁶⁰, issue de la réforme de 2016 relative à la modernisation de la justice du XXI^e siècle¹⁷⁶¹, il ne paraît pas opportun d'étendre le pouvoir d'indemnisation du juge du contrat administratif¹⁷⁶² à la simple lésion d'un intérêt. L'objectif de l'élargissement de l'ouverture du recours des tiers contre le contrat administratif, accompagné d'une plus grande invocabilité des moyens, autour de la qualité des requérants, n'est pas d'accorder massivement un droit à réparation d'un éventuel préjudice en raison de l'illégalité de l'acte. Cette proposition est certes motivée par la reconnaissance des effets du contrat à l'égard des tiers. Mais elle repose sur une approche objective. En d'autres termes, le tiers n'est pas ici appréhendé en tant qu'individu placé dans une situation purement personnelle. Son droit au recours s'apprécie au regard des intérêts qu'il partage avec d'autres individus, voire des intérêts qu'il représente. La finalité du recours en *contestation de la validité du contrat* ainsi réformé réside notamment dans la protection de ces intérêts collectifs, publics, par le respect de la règle de droit protégeant des classes entières d'individus. Elle ne peut d'ailleurs qu'être bénéfique à la stabilité des relations contractuelles, en purgeant le contrat de ses irrégularités. Le juge de plein contentieux doit ainsi disposer des outils les plus performants afin de concilier la préservation des intérêts des tiers et celle de l'intérêt général, en garantissant la continuité du service public et plus largement, la sécurité juridique du contrat. Le pouvoir d'indemnisation ne permet pas d'atteindre ces

¹⁷⁵⁹ F. BLANCO, « L'action de groupe en reconnaissance de responsabilité devant le juge administratif », *AJDA* 2016 p. 2256 ; X. DOMINO, « Innovations : la médiation et l'action collective en droit administratif », *RFDA* 2019 p. 19 ; L. HELMLINGER, « Action de groupe et action en reconnaissance de droits : quelles conséquences pour les collectivités territoriales ? », *AJCT* 2017 p. 438 ; O. MAMOUDY, « L'action en reconnaissance de droits », *AJDA* 2016 p. 2264.

¹⁷⁶⁰ Art. 70-10-3 CJA : « Lorsque plusieurs personnes, placées dans une situation similaire, subissent un dommage causé par une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles, une action de groupe peut être exercée en justice au vu des cas individuels présentés par le demandeur. Cette action peut être exercée en vue soit de la cessation du manquement mentionné au premier alinéa, soit de l'engagement de la responsabilité de la personne ayant causé le dommage afin d'obtenir la réparation des préjudices subis, soit de ces deux fins. » L'action de groupe ne peut être formée que dans cinq hypothèses : en cas de discrimination en tout genre subie par les administrés ; de discrimination subie par les salariés d'un employeur public ; de violation du droit de l'environnement ; de faute commise dans la production, la fourniture ou la délivrance d'un produit de santé ; de violation des règles de protection des données personnelles : art. 70-10-1 CJA.

¹⁷⁶¹ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

¹⁷⁶² Pour une proposition d'application de l'action de groupe en matière de contrats administratifs et une ouverture aux usagers du service public, v. : L. RAGIMBEAU, « Pour un développement de l'action de groupe en droit administratif », *RDP* 2019 p. 1439.

objectifs, même élargi à la réparation de la lésion d'un intérêt¹⁷⁶³. Pour autant, on ne peut nier le fait qu'un contrat administratif puisse causer « un préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés »¹⁷⁶⁴, y compris à des tiers autres que les concurrents évincés¹⁷⁶⁵. Il n'est donc pas question ici de supprimer cette faculté de l'office du juge, mais de conforter son statut d'ultime bastion du caractère subjectif du recours des tiers contre le contrat.

¹⁷⁶³ « L'indemnisation ne peut constituer un substitut à la disparition ou à la régularisation du contrat. C'est une question d'ordre patrimonial, alors que la disparition du contrat répond avant tout à un objectif d'efficacité de la règle de droit et des politiques mises en œuvre au moyen du contrat. » (L. JANICOT et J.-F. LAFAIX, « La nouvelle place du tiers dans le contentieux des contrats administratifs », *RDP* 2014 p. 1175).

¹⁷⁶⁴ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁷⁶⁵ « Le dommage réparable sera différent selon la qualité du tiers en question, contribuable local, usager du service public, association de protection de l'environnement ... » (O. GUÉZOU, *Traité du contentieux de la commande publique*, préc., n° 845).

CONCLUSION DU CHAPITRE

La recherche du maintien du contrat administratif, aussi légitime soit-elle, encourage le juge de plein contentieux à de nombreux renoncements¹⁷⁶⁶. Il instaure notamment des entraves à l'accès des tiers à son prétoire et tempère l'importance du principe de légalité. Or, le caractère administratif s'accommode mal d'une partie de cet office. D'une part en effet, l'ouverture restreindre du recours des tiers contre le contrat administratif est synonyme de négation des effets du second à l'égard des premiers ; d'autre part, le démembrement du principe de légalité n'est pas favorable à la légitime et à l'efficacité de l'action de l'administration cocontractante. En outre, l'objectif de stabilité du contrat administratif n'est pas toujours atteint.

L'étude de l'office du juge du contrat administratif dans le cadre du recours des tiers laisse toutefois également entrevoir des perspectives d'améliorations. S'agissant de la partie de l'office du juge consacrée à la reconnaissance ou à l'ignorance des irrégularités, c'est-à-dire affectée à l'ouverture ou à la fermeture du recours, deux modifications sont envisageables. La première consisterait à confier au juge le pouvoir de fermer le délai de recours en l'absence de mesure de publicité suffisante, de sorte à préserver le contrat administratif d'un risque perpétuel de contestation. Elle reviendrait à ignorer l'illégalité du contrat au-delà d'un délai raisonnable d'un an. La seconde est une condition de l'élargissement de l'accès au prétoire du juge du contrat administratif. Celui-ci devrait en effet appréhender différemment les modalités d'ouverture du recours « Tarn-et-Garonne » relatives aux tiers : l'intérêt à agir et les moyens invocables. À l'inverse de la première modification proposée, elle conduirait à reconnaître davantage les irrégularités entachant le contrat administratif. Si ce dernier doit être préservé au stade de la recevabilité, il est plus acceptable que ce soit au moyen du délai de recours qu'au moyen de la négation des effets du contrat à l'égard des tiers. Ceci d'autant plus que la multiplication des cas de reconnaissance de contrats illégaux renforcerait la légitimité de l'action administrative, ainsi

¹⁷⁶⁶ O. MAMOUDY, « Une balance déséquilibrée », *AJDA* 2019 p. 1087.

que son efficacité. Un contrat administratif dont l'illégalité a été reconnue et traitée est un contrat préservé d'une remise en cause ultérieure.

S'agissant de la partie de l'office du juge du contrat administratif consacrée aux conséquences des irrégularités entachant l'acte contractuel, deux autres corrections sont possibles, à commencer par la promotion du pouvoir de régularisation. Elle présenterait en effet l'avantage de purger le contrat administratif, notamment des vices les plus graves, sans entraîner sa disparition. L'efficacité de l'action administrative, la continuité du service public et l'intérêt général exigent en effet le maintien de l'exécution du contrat autant que faire se peut. Son office ainsi reconfiguré, le juge du contrat administratif serait conforté dans son rôle de garant de la stabilité des relations contractuelles. Il donnerait corps à une conception plus objective du recours des tiers contre le contrat administratif, qui n'en demeure pas moins singulier : un recours garantissant à la fois la défense des intérêts collectifs représentés par les tiers, ainsi que la sécurité d'un contrat administratif au service de l'intérêt général. Pour cette raison, le pouvoir d'indemnisation, destiné à réparer des droits lésés, devra être utilisé avec parcimonie afin de ne pas dénaturer l'office du juge du contrat ainsi réajusté.

CONCLUSION DU TITRE

Défini au regard de l'objectif de stabilité des relations contractuelles, l'office du juge du contrat administratif saisi dans le cadre du recours des tiers n'est pas, en tant que tel, le symbole d'une révolution contentieuse. Il s'inscrit en effet dans la lignée jurisprudentielle dessinée par le Conseil d'État depuis l'ouverture aux concurrents évincés d'un recours en contestation de la validité du contrat¹⁷⁶⁷. Cela ne signifie pas pour autant qu'il n'a pas fait l'objet de quelques ajustements tirant les conséquences des imperfections dont il souffrait jusqu'alors. Par ailleurs, force est de reconnaître que l'exercice d'un recours de plein contentieux ouvert à l'ensemble des tiers devant le juge du contrat administratif confère cependant un caractère novateur à son office. La décision *Tarn-et-Garonne*¹⁷⁶⁸ a précisément étendu le champ d'intervention du juge du contrat à toute contestation de la validité du contrat initiée par un tiers, quelle que soit sa qualité. Elle accorde ainsi au juge du contrat la faculté d'user de l'ensemble de ses pouvoirs, principalement affectés à la sécurité juridique, dans un cadre plus global. Le bénéfice est certain pour l'intérêt général, puisque la stabilité du contrat administratif garantit l'efficacité de l'action de l'administration. L'administrativité du contrat est ainsi particulièrement respectée. Reste que l'office du juge n'est pas exempt de critiques s'agissant de l'objectif de stabilité des relations contractuelles ainsi poursuivi. Des aménagements sont donc envisageables.

En l'état, l'office du juge de plein contentieux est, dans le cadre du recours des tiers, agencé de sorte que la remise en cause du contrat administratif demeure exceptionnelle. Sa résiliation comme son annulation sont prononcées dans des hypothèses parfaitement limitées et ne peuvent conduire à porter une atteinte excessive à l'intérêt général. Toujours

¹⁷⁶⁷ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545, *Lebon* p. 360 ; concl. D. CASAS, *BJCP* 2007 p. 391 et *RFDA* 2007 p. 696 ; P. CASSIA, *AJDA* 2007 p. 1964 ; P. COSSALTER, *DA* 2007 comm. 242 ; P. DELVOLVÉ, *RJEP* 2007 p. 327 ; F. LENICA et J. BOUCHER, *AJDA* 2007 p. 1577 ; F. MELLERAY, *RDP* 2007 p. 1383 ; F. MODERNE, *RFDA* 2007 p. 923 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, *CMP* 2007 repère 8 et 2008 repère 5 ; J.-P. PIETRI, *CMP* 2008 comm. 254 ; D. POUYAUD et M. CANEDO, *RFDA* 2007 p. 935 ; B. SEILLER, *JCP A* 2007 n° 38 p. 2227 ; M. TOUZEIL-DIVINA, *RGCT* 2008 n° 4 p. 16 ; M. UBAUD-BERGERON, *JCP* 2007 II p. 1016.

¹⁷⁶⁸ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

dans un souci de préserver ce dernier, le pouvoir d'extinction du contrat peut être modulé dans le temps et dans l'espace, afin de limiter ses répercussions juridiques et matérielles.

Réciproquement, le maintien du contrat administratif est toujours privilégié. Le juge dispose notamment de la faculté de fermer son prétoire, sinon d'évacuer le débat relatif à la validité du contrat administratif, en dépit des irrégularités éventuelles qui l'entachent. Ce pouvoir est plus discutable, non pas tant en raison de son existence que de l'utilisation qui en est faite. D'une part en effet, le juge du contrat dispose d'une marge d'appréciation du déclenchement du délai de recours à disposition des tiers, de sorte que ce dernier est forclo après deux mois, préservant ainsi le contrat administratif de toute contestation. Toutefois, le défaut de mesure de publicité appropriée marquant le point de départ du délai de recours offre aux tiers l'opportunité d'attaquer le contrat administratif dans un temps indéfini, au détriment de la stabilité des relations contractuelles. Il apparaît alors opportun de confier au juge le pouvoir de fermer le délai de recours passé un certain temps. D'autre part et surtout, si l'appréciation de l'intérêt lésé et des moyens invocables par les tiers participent *a priori* à la sécurité juridique du contrat administratif, il a largement été démontré qu'elle entraîne notamment une négation des effets du contrat à l'égard des tiers et du caractère administratif du contrat. Un usage différent des notions d'intérêt à agir et de moyen invocable favoriserait la reconnaissance par le juge des irrégularités affectant le contrat administratif. Le renforcement consécutif du principe de légalité présenterait alors le double avantage de légitimer et de sécuriser l'action administrative.

La crainte relative à la déstabilisation des relations contractuelles en raison d'un plus large accès des tiers au juge du contrat administratif serait d'autant moins fondée que celui-ci possède un large arsenal permettant d'assurer la sécurité juridique du contrat. Il peut ainsi décider de la poursuite de l'exécution du contrat, le cas échéant en invitant les parties à le régulariser. Le développement du pouvoir de régularisation profiterait d'ailleurs considérablement à la préservation du contrat administratif. En revanche, l'indemnisation des tiers du fait de l'illégalité du contrat devrait faire l'objet d'une utilisation parcimonieuse, afin de ne pas dénaturer l'office du juge ainsi réagencé pour l'intérêt général, au moyen de la défense des intérêts collectifs ou publics et de l'efficacité de l'action administrative. L'objectif n'est donc pas ici d'engager les deniers publics afin de réparer toute lésion d'un intérêt.

La redéfinition de l'office du juge du contrat saisi par les tiers respecterait davantage la conception contemporaine du contrat administratif : celle d'un instrument utilisé par les pouvoirs publics afin de satisfaire l'intérêt général, dont la stabilité assure la performance de l'action administrative, la continuité du service public et la bonne gestion des deniers publics. Une étude aboutie de l'impact du recours « Tarn-et-Garonne » sur la notion de contrat administratif suppose cependant d'appréhender cette voie d'action dans un environnement contentieux plus large : celui dans lequel évolue l'ensemble des tiers au contrat administratif.

TITRE 2. L'EXERCICE DU RECOURS DES TIERS DANS LE CONTENTIEUX CONTRACTUEL ADMINISTRATIF

Alors que le contentieux contractuel administratif intéressant les tiers était notamment partagé entre le recours de plein contentieux ouvert aux concurrents évincés¹⁷⁶⁹ et le recours en excès de pouvoir ouvert aux autres tiers, la décision *Tarn-et-Garonne*¹⁷⁷⁰ a eu pour effet d'instaurer un recours unique, transcendant la distinction des voies de recours. Mais si le recours « Tarn-et-Garonne » est aujourd'hui la principale voie d'action ouverte aux tiers, ces derniers disposent cependant d'autres voies de recours. L'articulation de celles-ci avec le recours des tiers contre le contrat administratif soulève deux enjeux différents.

D'une part en effet, les autres voies de recours ouvertes à l'ensemble des tiers au contrat entraînent un impact sur la stabilité de l'action administrative contractuelle (**Chapitre 1**). En particulier, l'existence de recours contre certaines actes détachables du contrat administratif peuvent contrarier la sécurité juridique du contrat qui a pourtant motivé l'arrêt *Tarn-et-Garonne*¹⁷⁷¹. De plus, le référé-suspension dont il a été assorti souffre d'un manque d'efficacité de nature à le priver d'intérêt dans la recherche de stabilité du contrat.

D'autre part, certaines voies de recours réservées à des tiers particuliers contribuent à définir une typologie des tiers au contrat administratif, qui démontre que la notion de tiers est loin d'être homogène, en dépit d'un plus large accès au juge du contrat (**Chapitre 2**).

¹⁷⁶⁹ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

¹⁷⁷⁰ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁷⁷¹ *Ibid.*

CHAPITRE 1. L'ARTICULATION DU RECOURS « TARN-ET-GARONNE » AVEC LES VOIES DE RECOURS OUVERTES À L'ENSEMBLE DES TIERS

L'ouverture du recours en contestation de la validité du contrat administratif à l'ensemble des tiers a principalement été motivée par une volonté de supplanter le recours en excès de pouvoir contre les actes détachables. Au sein du contentieux contractuel administratif, seule l'action en contestation de la validité du contrat devrait être l'option qui s'offre aux tiers. Pourtant, d'autres voies de recours existent et sont de nature à les intéresser.

Contrairement à ce qui avait été annoncé à l'occasion de la décision *Tarn-et-Garonne*¹⁷⁷², subsistent encore des voies de recours contre les actes détachables du contrat, partagées entre l'excès de pouvoir et le plein contentieux. La sécurité juridique du contrat dépendant du renoncement à la théorie des actes détachables, on peut craindre que l'action administrative contractuelle ne soit déstabilisée. Toutefois, les initiatives du Conseil d'État et des juges du fond laissent entrevoir de meilleures perspectives (**Section 1**).

Par ailleurs, l'institution du recours des tiers contre le contrat administratif s'est accompagnée de la possibilité de l'assortir d'un référé-suspension. Mais alors que cette décision devait également participer à la stabilisation des relations contractuelles et à la reconnaissance des effets du contrat à l'égard des tiers, il n'en est rien. Le référé-suspension continue de souffrir de ses lacunes congénitales. Il convient alors d'envisager les conditions de son exercice autrement (**Section 2**).

¹⁷⁷² CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

SECTION 1. LE RECOURS DES TIERS CONTRE LE CONTRAT ET LES RECOURS CONTRE LES ACTES DÉTACHABLES

La présente étude a précédemment contribué à identifier les actes actuellement attaquables dans le cadre du recours « Tarn-et-Garonne »¹⁷⁷³, autrement dit à définir son champ d'application matériel. Elle a ainsi mené à la conclusion selon laquelle en l'absence de conceptualisation des actes contestables et incontestables, l'objectif de stabilité des relations contractuelles n'est pas toujours atteint¹⁷⁷⁴. Au-delà de ce défaut de systématisation, l'insécurité du contrat administratif n'est pas tant liée au manque d'intégration de certains actes périphériques dans le recours des tiers contre le contrat administratif qu'à la présence d'autres voies de recours ouvertes à tous les tiers au sein du contentieux contractuel.

En l'état de la jurisprudence, il demeure loisible à l'ensemble des tiers de contester, devant le juge de l'excès de pouvoir, certains actes toujours considérés comme détachables du contrat administratif. Ils disposent en outre d'un recours de plein contentieux contre la décision de refus de résiliation. Or, la présence de ces voies d'action au sein du contentieux contractuel administratif n'est pas bienvenue au regard de l'objectif de stabilité des relations contractuelles. Quand bien même l'annulation d'un acte détachable n'est plus susceptible d'entraîner automatiquement la résolution ou la résiliation du contrat, elle perturbe nécessairement stabilité à plusieurs titres (§1). Plusieurs avancées jurisprudentielles devraient cependant conduire à remédier à cette situation (§2).

§1. UNE SOURCE D'INSTABILITÉ MULTIFACTORIELLE

La cohabitation du recours « Tarn-et-Garonne » avec d'autres voies d'action ouvertes à l'ensemble des tiers au contrat administratif n'est pas sans conséquence sur la stabilité de l'action administrative contractuelle. Que les tiers saisissent le juge de l'excès de pouvoir afin de contester un acte détachable du contrat administratif ou qu'ils sollicitent l'intervention du juge du contrat pour remettre en cause son exécution, le contrat

¹⁷⁷³ V. *supra*. p. 33 et s.

¹⁷⁷⁴ V. *supra*. p. 93 et s.

administratif comme les cocontractants se retrouvent placés dans une situation incertaine. Dans le premier cas en effet, l'instabilité contractuelle découle de la structure même du contentieux contractuel, parce que la contestation d'un acte détachable peut enclencher une lourde procédure sur plusieurs années (A). Dans le second cas, elle repose sur une cause plus profonde. En instaurant un recours de plein contentieux contre une décision relative à la phase d'exécution du contrat, le Conseil d'État a peut-être créé un environnement favorable à l'ingérence des tiers dans les relations contractuelles (B).

A/ Une instabilité structurelle

Le contentieux des tiers au contrat administratif est agencé de telle sorte qu'il révèle encore certaines lacunes, que nous avons en partie dénoncées précédemment, sous l'angle des conditions d'ouverture du recours des tiers contre le contrat administratif¹⁷⁷⁵. Qu'il nous soit ici permis de les rappeler, afin de démontrer que le contrat administratif peut souffrir d'une insécurité juridique qui n'est pas seulement liée aux modalités d'ouverture du recours « Tarn-et-Garonne ». Elle peut relever plus généralement de la structure actuelle du contentieux administratif. En effet, l'instabilité des relations contractuelles n'est pas toujours tant liée à la limitation du champ d'application du plein contentieux qu'au maintien de la compétence du juge de l'excès de pouvoir en matière contractuelle¹⁷⁷⁶. Il convient cependant de distinguer le contentieux des actes détachables des contrats signés avant la décision *Tarn-et-Garonne*¹⁷⁷⁷ de celui des actes détachables des contrats signés après le revirement de jurisprudence.

S'agissant de la pérennité du recours en excès de pouvoir contre les actes détachables des contrats signés avant le 4 avril 2014, il est cependant possible de trouver un motif légitime. Animée par la ferme volonté d'assurer la stabilité des contrats administratifs en toutes circonstances¹⁷⁷⁸, la réussite du revirement de jurisprudence opéré par la décision

¹⁷⁷⁵ V. *supra*. p. 93 et s.

¹⁷⁷⁶ Il ne peut cependant en aller autrement dans certaines hypothèses. L'ouverture du recours en excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat avait en effet été motivée par une volonté d'en finir avec les « dénis de justice » : J. ROMIEU, Concl. sur CE, 4 août 1905, *Martin, Lebon* p. 749 ; *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, vol. I, dir. H. DE GAUDEMAR et D. MONGOIN, LGDJ, 2015, p. 262.

¹⁷⁷⁷ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁷⁷⁸ B. DACOSTA, Concl. sur CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, *RFDA* 2014 p. 425.

*Tarn-et-Garonne*¹⁷⁷⁹ reposait nécessairement sur la disparition de la théorie des actes détachables dont le contentieux relevait de l'excès de pouvoir¹⁷⁸⁰. Son transfert dans le contentieux de pleine juridiction supposait cependant de respecter les règles inhérentes à l'impératif de sécurité juridique¹⁷⁸¹, lesquelles avaient fait l'objet d'une importante réflexion à l'occasion de l'affaire *Tropic Travaux*¹⁷⁸². À nouveau alerté par le rapporteur public sur les difficultés relatives à l'application dans le temps des revirements de jurisprudence¹⁷⁸³, le Conseil d'État a ainsi précisé « [qu'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, le recours [« Tarn-et-Garonne »] ne [pourrait] être exercé par les tiers qui n'en bénéficiaient pas et selon les modalités précitées qu'à l'encontre des contrats signés à compter de la lecture de la présente décision »¹⁷⁸⁴, c'est-à-dire du 4 avril 2014. La formule précitée a pu un temps laisser planer un doute quant à la possibilité pour le préfet et les concurrents évincés de contester un contrat administratif conclu avant cette date. En effet, ces derniers disposaient déjà d'une voie de recours de plein contentieux¹⁷⁸⁵ assimilable à celle ouverte par la décision

¹⁷⁷⁹ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁷⁸⁰ « L'évolution jurisprudentielle que nous envisageons ne sera une source de simplification que si elle signe la mort de l'acte détachable du contrat administratif [...] » (B. DACOSTA, Concl. sur CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.). « La conviction était qu'il fallait tuer l'acte détachable. Il fallait éviter qu'un recours contre un acte détachable ne puisse prospérer indéfiniment durant la vie du contrat. » (S. BRACONNIER, B. DACOSTA et B. SEILLER, « Table ronde – À propos de l'arrêt CE Ass. 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne », RDP 2014 p. 1148).

¹⁷⁸¹ CE Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*, *Lebon* p. 154 ; concl. Y. AGUILA, *BJCP* 2006 p. 173 et *RFDA* 2006 p. 463 ; J.-M. BELORGEY, *JCP A* 2006 p. 1120 ; F. BRUNET, *RDP* 2007 p. 285 ; J.-P. CAMBY *RDP* 2006 p. 1505 ; P. CASSIA, *Dalloz* 2006 p. 1191 ; C. LANDAIS et F. LENICA, *AJDA* 2006 p. 1028 ; B. MATHIEU, *AJDA* 2006 p. 841 ; F. MELLERAY, *AJDA* 2006 p. 897 ; F. MODERNE, *RFDA* 2006 p. 483 ; B. PLESSIX, *JCP G* 2006 doctr. 150 ; J.-M. WOEHRLING, *RDP* 2007 p. 285.

¹⁷⁸² D. CASAS, Concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, *RFDA* 2007 p. 696.

¹⁷⁸³ « Cette évolution de la jurisprudence soulève, bien sûr, les mêmes difficultés d'application dans le temps que celles rencontrées lors de votre décision « *Tropic Travaux* » ; mais vous avez fait le saut conceptuel en 2007 et vous êtes dorénavant en terrain connu. Il convient, à la fois, de protéger les contrats déjà conclus qui n'auraient pas fait l'objet de mesures de publicité adéquate et de ne pas priver de leur objet les recours pendants contre des actes détachables. Aussi ce nouveau mécanisme ne pourra-t-il jouer que pour les contrats conclus postérieurement à la lecture de votre décision. » (B. DACOSTA, Concl. sur CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.).

¹⁷⁸⁴ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁷⁸⁵ S'agissant du préfet : CE Sect., 23 décembre 2011, *ministre de l'Intérieur*, *Lebon* p. 662 ; concl. B. DACOSTA, *BJCP* 2012 p. 125 ; F. BRENET, *RJEP* 2012 comm. 25 ; A. CLAEYS, *DA* 2012 comm. 27 ; P. DELVOLVÉ, *RFDA* 2012 p. 683 ; R. NOGUELLOU, *RDI* 2011 p. 282 ; M. QUYOLLET, *AJDA* 2012 p. 1064. S'agissant des concurrents évincés : CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, *Lebon* p. 360 ; concl. D. CASAS, préc. ; P. CASSIA, *AJDA* 2007 p. 1964 ; P. COSSALTER, *DA* 2007 comm. 242 ; P. DELVOLVÉ, *RJEP* 2007 p. 327 ; F. LENICA et J. BOUCHER, *AJDA* 2007 p. 1577 ; F. MELLERAY, *RDP* 2007 p. 1383 ; F. MODERNE, *RFDA* 2007 p. 923 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, *CMP* 2007 repère 8 et 2008 repère 5 ; J.-P. PIETRI, *CMP* 2008 comm. 254 ; D. POUYAUD et M. CANEDO, *RFDA* 2007 p. 935 ; B. SEILLER,

*Tarn-et-Garonne*¹⁷⁸⁶. Le Conseil d'État a finalement mis un terme à cette hésitation le 5 février 2016 par l'arrêt *SMTC Hérault Transport*¹⁷⁸⁷, précisant que le « nouveau » recours ne trouvait à s'appliquer « quelle que soit la qualité dont se prévaut le tiers, qu'à l'encontre des contrats signés à compter de la lecture [de la décision *Tarn-et-Garonne*] »¹⁷⁸⁸.

Concrètement, la contestation de l'ensemble des contrats conclus avant le 4 avril 2014 relève toujours de l'ancienne configuration contentieuse¹⁷⁸⁹. Bien que cette règle ait été établie afin d'éviter de perturber les relations contractuelles en cours par la mise en œuvre d'une nouvelle voie d'action¹⁷⁹⁰, elle conduit paradoxalement à faire perdurer une certaine insécurité juridique. Certes, il convient de relativiser l'importance de cette menace pour la stabilité des relations contractuelles. Le recours en excès de pouvoir autrefois ouvert aux tiers contre les actes détachables des contrats signés antérieurement à la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*¹⁷⁹¹ est aujourd'hui forclus, puisqu'il est en principe enfermé dans un délai de deux mois¹⁷⁹². Toutefois la fermeture de ce recours suppose que le délai ait commencé à courir,

JCP A 2007 n° 38 p. 2227 ; M. TOUZEIL-DIVINA, *RGCT* 2008 n° 4 p. 16 ; M. UBAUD-BERGERON, *JCP* 2007 II p. 1016.

¹⁷⁸⁶ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁷⁸⁷ CE Sect., 5 février 2016, *Syndicat mixte des transports en commun (SMTC) Hérault Transport*, *Lebon* p. 10 ; concl. O. HENRARD, *BJCP* 2016 p. 217 et *RFDA* 2016 p. 301 ; F. BRENET, *DA* 2016 comm. 21 ; J.-D. DREYFUS, *AJCT* 2016 p. 329 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2016 act. 117 ; L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, *AJDA* 2016 p. 479 ; O. HENRARD, *DA* 2016 alerte 21 ; S. HUL, *JCP A* 2016 p. 2050 ; J.-F. LAFAIX, *AJDA* 2016 p. 1120 ; J. MARTIN et G. PELLISSIER, *JCP A* 2017 p. 25 ; D. POUPEAU, *AJDA* 2016 p. 234 ; P. REES, *Contrats-Marchés publ.* 2016 comm. 114.

¹⁷⁸⁸ *Ibid.*

¹⁷⁸⁹ S'agissant notamment des concurrents évincés : CAA Marseille, 2 février 2015, *Société Autocars Rignon*, n°13MA02215 ; CAA Marseille, 9 mai 2016, *Centre hospitalier régional universitaire de Montpellier*, n° 14MA03224 ; H. HOEPFFNER, *Contrats-Marchés publ.* 2016 comm. 191 ; TA Melun, 5 février 2015, *Société Groupe Nasse*, n° 1308665 ; H. HOEPFFNER, *Contrats-Marchés publ.* 2015 comm. 132.

¹⁷⁹⁰ « La création de toute nouvelle voie de droit fragilise potentiellement les contrats en cours, qui sont de ce fait plus exposés à l'annulation contentieuse que lors de leur conclusion. La sécurité juridique des relations contractuelles est ainsi amoindrie. L'équilibre du risque – dont le risque contentieux fait partie – pris en compte lors de l'expression de la volonté des parties, est modifié. » (O. GUÉZOU, *Traité de contentieux de la commande publique*, 2^e éd., Le Moniteur, 2018, n° 204).

¹⁷⁹¹ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁷⁹² Art. R. 421-1 CJA : « La juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée ». Il en va de même du recours de plein contentieux dont disposaient le préfet et les concurrents évincés : CE Sect., 23 décembre 2011, *ministre de l'Intérieur*, préc. ; CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc. À noter que l'entrée en vigueur du déféré préfectoral en tant que recours de pleine juridiction était immédiate : O. GUÉZOU, *Traité de contentieux de la commande publique*, préc., p. 141. En revanche, le recours « Tropic » ne s'applique qu'aux seuls contrats dont la procédure de passation a été engagée postérieurement à la lecture de la décision, le 16 juillet 2007 : CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc. ; CAA Marseille, 4 juin 2012, *Société Azur Fêtes*, n° 09MA01929 ; CAA Douai, 12 juin 2012, *Bertrand B. et Pierre C.*, n° 10DA01598.

c'est-à-dire que l'acte contesté ait fait l'objet d'une notification ou d'une publication¹⁷⁹³. Tel n'est pas le cas de la décision de signer le contrat administratif. Dès lors qu'un tiers¹⁷⁹⁴ projette de contester un contrat administratif conclu avant le 4 avril 2014, il peut encore emprunter le chemin de l'excès de pouvoir en attaquant la décision de le signer.

S'agissant du maintien du recours en excès de pouvoir contre les actes détachables des contrats signés après la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*¹⁷⁹⁵, rien ne semble justifier vraiment un tel choix. En dépit du fait que le lien entre le contrat administratif et certains actes détachables puisse être considéré « d'un point de vue temporel et/ou fonctionnel [comme] trop distendu »¹⁷⁹⁶, de sorte que « leur annulation ne devrait avoir aucune répercussion directe sur le contrat »¹⁷⁹⁷, on peine à concevoir qu'elle soit totalement neutre vis-à-vis du contrat. Tout dépend effectivement de l'acte détachable contesté et surtout du motif de son annulation¹⁷⁹⁸. Et dans l'absolu, cela ne prive pas le tiers de saisir le juge de l'exécution puis le juge du contrat pour leur demander de tirer les conséquences de l'annulation de l'acte détachable.

Il en va ainsi en particulier de l'acte d'approbation, dont le contentieux relève encore de l'excès de pouvoir¹⁷⁹⁹. Certes, le Conseil d'État a logiquement pris soin de limiter l'invocabilité des moyens à ceux « tirés de vices propres à l'acte d'approbation, et non [à ceux] relatifs au contrat lui-même »¹⁸⁰⁰. L'étanchéité entre le contrat administratif et son

¹⁷⁹³ Art. R. 421-1 CJA.

¹⁷⁹⁴ Ce tiers peut être un concurrent évincé si la procédure de passation a été engagée antérieurement à la jurisprudence *Tropic* (CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc. ; CAA Marseille, 4 juin 2012, *Société Azur Fêtes*, préc. ; CAA Douai, 12 juin 2012, *Bertrand B. et Pierre C.*, préc.).

¹⁷⁹⁵ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁷⁹⁶ J. BOUSQUET, « La pérennité de la théorie des actes détachables du contrat administratif : l'exemple de la décision d'approbation », préc. Ainsi notamment de la délibération se prononçant sur le principe d'une délégation de service public, « qui a pour objet d'entériner le principe d'une mise en gestion déléguée d'un service public et d'autoriser l'autorité exécutive compétente à lancer la consultation, intervient antérieurement à l'engagement de la consultation des opérateurs économiques [et] par conséquent, [...] ne peut être regardée comme la première étape de l'engagement d'une consultation en vue de l'attribution d'une concession » (CE, 24 mai 2017, *SIVU de la station d'épuration du Limouxin*, n° 4072264 ; concl. G. PELLISSIER, *BJCP* 2017 p. 310 ; G. ECKERT, *Contrats-Marchés publ.* 2017 comm. 193 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2017 act. 396 ; D. POUPEAU, *AJDA* 2017 p. 1146 ; J.-B. VILA, *JCP A* 2017 p. 2161).

¹⁷⁹⁷ H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, préc.,

¹⁷⁹⁸ L. MARCUS et A. PERRIN, « Annulation de l'acte détachable du contrat et distinction des contentieux », *DA* 2006 ét. 1.

¹⁷⁹⁹ CE, 23 décembre 2016, *ASSECO-CFDT du Languedoc-Roussillon et Association ATTAC Montpellier*, *Lebon T.* p. 831 ; *AJDA* 2017 p. 8 ; J. BOUSQUET, *DA* 2017 comm. 14 ; J.-D. DREYFUS, *AJCT* 2017 p. 226 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2017 act. 27 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2017 comm. 81.

¹⁸⁰⁰ *Ibid.*

approbation devrait donc en principe éviter que l'annulation de celle-ci n'impacte la stabilité des relations contractuelles. En effet, la majorité des irrégularités susceptibles d'entacher l'acte d'approbation devraient être constituées par des vices de forme ou de procédure¹⁸⁰¹. Or, la jurisprudence *Danthony*¹⁸⁰² limite les risques d'annulation d'un acte administratif affecté par de telles irrégularités, en ce qu'elle pose le principe selon lequel une décision affectée d'un vice de procédure n'est illégale que s'il ressort des pièces du dossier que ce vice a été susceptible d'exercer, dans les circonstances de l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie¹⁸⁰³. Pour autant, l'annulation d'un acte d'approbation n'est pas une hypothèse totalement exclue¹⁸⁰⁴. Dans la mesure où l'approbation conditionne l'entrée en vigueur du contrat administratif¹⁸⁰⁵, l'exécution et les effets juridiques de ce dernier seraient alors paralysés¹⁸⁰⁶, au moins le temps qu'une régularisation intervienne¹⁸⁰⁷. En dépit des précautions prises par le Conseil d'État¹⁸⁰⁸, le maintien de l'acte d'approbation dans le contentieux de l'excès de pouvoir constitue toujours un risque pour la stabilité des relations contractuelles¹⁸⁰⁹.

¹⁸⁰¹ La présence d'un vice d'incompétence est particulièrement rare dès lors que l'approbation du contrat par une autorité résulte d'un texte législatif ou réglementaire. Le détournement de pouvoir est quant à lui particulièrement difficile à démontrer. V. en ce sens : J. BOUSQUET, « La pérennité de la théorie des actes détachables du contrat administratif : l'exemple de la décision d'approbation », *DA* 2017, comm. 14.

¹⁸⁰² CE Ass., 23 décembre 2011, *Danthony et autres, Lebon* p. 649 ; concl. G. DUMORTIER, *RFDA* 2012 p. 284 ; C. BROYELLE, *JCP A* 2012 p. 2089 ; P. CASSIA, *RFDA* 2012 p. 296 ; D. CONNIL, *JCP G* 2012 p. 558 ; X. DOMINO et A. BRETONNEAU, *AJDA* 2012 p. 195 ; R. HOSTIOU, *RFDA* 2012 p. 423 ; F. MELLERAY, *DA* 2012 comm. 22 ; C. MIALOT, *AJDA* 2012 p. 1484 ; B. SEILLER, *ibid.* p. 1609.

¹⁸⁰³ *Ibid.*

¹⁸⁰⁴ « Il n'est pas exclu qu'un vice propre entachant une décision d'approbation conduise le juge à prononcer son annulation malgré les verrous prévus par la jurisprudence *Danthony* [...] » (J. BOUSQUET, « La pérennité de la théorie des actes détachables du contrat administratif : l'exemple de la décision d'approbation », préc.).

¹⁸⁰⁵ Qui plus est, les approbations sont requises pour les contrats administratifs de grande envergure. V. pour ex. : arts. L. 122-4 à L. 122-11 du Code de la voirie routière pour les concessions d'autoroute, arts. R. 521-1 et s. du Code de l'énergie pour les concessions d'énergie hydraulique ou encore art. 17 du décret du 6 novembre 2006 pour les contrats de partenariats conclus par SNCF Réseau, objet du litige soumis au Conseil d'État dans l'arrêt *ATTAC* (CE, 23 décembre 2016, *ASSECO-CFDT du Languedoc-Roussillon et Association ATTAC Montpellier*, préc.).

¹⁸⁰⁶ CE Sect., 1^{er} mars 1946, *Société l'Énergie industrielle, Lebon* p. 66 ; CE, 26 mai 1971, *Sieur M., Lebon* p. 383.

¹⁸⁰⁷ CE, 8 juin 2011, *Commune de Divonne-les-Bains, Lebon* p. 278 ; *AJDA* 2011 p. 1172 ; J.-D. DREYFUS, *AJDA* 2011 p. 1685 ; G. LE CHATELIER, *AJCT* 2011 p. 402.

¹⁸⁰⁸ En plus de limiter les moyens invocables aux vices propres à l'acte d'approbation, la jurisprudence *ATTAC* n'a ouvert le recours en excès de pouvoir contre l'acte d'approbation qu'aux tiers se prévalant d'intérêts auxquels l'exécution du contrat est de nature à porter une atteinte directe et certaine : CE, 23 décembre 2016, *ASSECO-CFDT du Languedoc-Roussillon et Association ATTAC Montpellier*, préc.

¹⁸⁰⁹ « [M]aintenir la possibilité d'annuler pour excès de pouvoir les actes d'approbation du contrat présente le risque de fragiliser le lien contractuel dans la mesure où son annulation n'est pas nécessairement neutre quant à la pérennité du contrat. » (J. BOUSQUET, « La pérennité de la théorie des actes détachables du contrat administratif : l'exemple de la décision d'approbation », préc.).

D'autres actes détachables demeurent toujours dans le champ d'application matérielle de l'excès de pouvoir, sans que le Conseil d'État n'ait pris la précaution de limiter l'invocabilité des moyens aux seuls vices propres à l'acte contesté. Ainsi par exemple de la délibération se prononçant sur le principe du recours à une délégation de service public¹⁸¹⁰ ou à un marché de partenariat¹⁸¹¹. Leur annulation ne risque pas d'entraîner celle du contrat administratif si le juge considère que leur lien avec la formation du contrat est distendu, ce qui ferait naturellement obstacle aux moyens tirés de l'illégalité du contrat. Mais cette solution est déjà contestable en soi. Comment considérer qu'un contrat est légal si le principe même de sa conclusion est irrégulier ? Par ailleurs, de la même manière qu'à la suite de l'annulation de l'acte d'approbation, rien ne semble faire obstacle à la saisine consécutive du juge de l'exécution et éventuellement du juge du contrat. Même si le recours est jugé irrecevable, la procédure aura toujours pour effet de placer les parties dans une situation d'incertitude incompatible avec la stabilité des relations contractuelles et avec le bon déroulement de l'action administrative. C'est d'autant plus vrai que le délai de recours peut ne jamais courir en cas de défaut de publication et que délais de jugement sont longs¹⁸¹². Il serait donc souhaitable que le contentieux de ces actes détachables bascule dans le champ de la pleine juridiction. La solution n'est toutefois pas la bienvenue pour le contentieux des mesures d'exécution.

¹⁸¹⁰ CE, 24 novembre 2010, *Association fédérale d'action régionale pour l'environnement*, *Lebon T.*, p. 603-886 ; G. ECKERT, *Contrats-Marchés publ.* 2011 comm. 21 ; R. GRAND, *AJDA* 2010 p. 2287 ; CE, 4 juillet 2012, *Association Fédération d'action régionale pour l'environnement et autres*, *Lebon T.*, p. 842 ; D. KRUST, *AJCT* 2012 p. 625 ; H. PAULIAT, *JCP A* 2012 p. 2280 ; D. POUPEAU, *AJDA* 2012 p. 1376 ; CAA Marseille, 28 février 2022, *Association collectif de l'eau – usagers d'Avignon*, n° 20MA00706 ; G. ECKERT, *Contrats-Marchés publ.* 2022 comm. 142 ; TA Toulouse, 25 mai 2021, *Toulouse Métropole, Veolia Eau et Suez Eau France*, n° 1901926 ; E. MULLER, *Contrats-Marchés publ.* 2021 comm. 248.

¹⁸¹¹ CAA Marseille, 27 décembre 2019, *Ville de Marseille*, n° 19MA01714 ; J.-D. DREYFUS, *AJCT* 2020 p. 209 ; G. ECKERT, *Contrats-Marchés publ.* 2020 comm. 88 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2020 act. 30.

¹⁸¹² En 2021, le délai constaté de jugement des affaires ordinaires (de leur enregistrement à leur notification) était de 1 an, 4 mois et 13 jours devant les tribunaux administratifs et de 11 mois et 27 jours devant les cours administratives d'appel : Rapport public du Conseil d'État – *Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives* (2021).

B/ Une instabilité conjoncturelle

La stabilité des contrats administratifs n'est pas seulement compromise par la présence d'un recours en excès de pouvoir contre certains actes détachables au sein du contentieux des tiers au contrat. Elle est également perturbée en raison de la création d'un recours de pleine juridiction contre le refus de résilier le contrat administratif¹⁸¹³. Force est de constater que le Conseil d'État a ici manqué son objectif de sécurisation de l'action administrative contractuelle.

Au lendemain de la décision *Tarn-et-Garonne*¹⁸¹⁴, demeurait un recours parallèle permettant de mettre fin au contrat administratif dans un délai indéterminé, en contestant le refus de procéder à sa résiliation¹⁸¹⁵. Aussi, tout tiers n'étant plus recevable à intenter le recours en contestation de la validité du contrat administratif pouvait demander à l'administration de le résilier, de sorte à faire naître une décision de refus. Cette faculté entraînait les effets que l'on connaît sur la stabilité des relations contractuelles, à savoir qu'elle menaçait le contrat administratif jusqu'à ce que le juge de l'exécution, voire le juge du contrat soient saisis et se prononcent sur les conséquences de l'annulation éventuelle du refus de résiliation. Conscient de l'opportunité que représentait cette voie de recours pour les tiers qui n'avaient d'autre objectif que de faire disparaître le contrat¹⁸¹⁶, le Conseil d'État a finalement fermé ce recours en excès de pouvoir¹⁸¹⁷ en ouvrant aux tiers, sur la base de sa décision *Département de Tarn-et-Garonne*¹⁸¹⁸, un recours de plein contentieux contre la décision de refus de procéder à la résiliation du contrat par l'arrêt *Transmanche*¹⁸¹⁹. L'apport

¹⁸¹³ CE Sect., 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (SMPAT)*, n° 398445, *Lebon* p. 209 ; concl. G. PELLISSIER, *RFDA* 2017 p. 937 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2017 act. 487 ; J.-L. HECKENROTH, *Contrats-Marchés publ.* 2017 pratique 11 ; S. HUL, *AJCT* 2017 p. 455 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, *Contrats-Marchés publ.* 2017 repère 8 ; J. MARTIN, *JCP A* 2017 chron. 2195 ; M.-C. DE MONTECLER, *AJDA* 2017 p.1359 ; G. ODINET et S. ROUSSEL, *ibid.* p. 1669 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2017 comm. 249.

¹⁸¹⁴ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁸¹⁵ CE, Sect., 24 avril 1964, *SA de Livraisons industrielles et commerciales (SA LIC)*, *Lebon* p. 239 ; concl. M. COMBARNOUS, *AJDA* 1964 p. 308 ; J. FOURRÉ et M. PUYBASSET, *ibid.* p. 293.

¹⁸¹⁶ « [L]orsque [le] concurrent évincé forme un recours contre le refus d'une décision de résiliation qu'il a lui-même demandé, il recherche la même chose que lorsqu'il forme un recours contestant la validité du contrat : la disparition d'un contrat dont il a été écarté » F. BÉROUJON, *Concl. sur TA Bordeaux*, 20 mars 2017, *Association des architectes du patrimoine*, *JCP A* 2021 p. 2147). Cette remarque est tout autant susceptible d'être valable pour d'autres tiers que les seuls candidats évincés, qui n'auraient pas trouvé satisfaction dans le recours de plein contentieux.

¹⁸¹⁷ CE Sect., 24 avril 1964, *SA LIC*, préc.

¹⁸¹⁸ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁸¹⁹ CE Sect., 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (SMPAT)*, préc.

de ce revirement de jurisprudence à la sécurité juridique des contrats s'observe à plusieurs titres. Le tiers doit justifier d'un intérêt lésé de façon suffisamment directe et certaine par la décision de refus de résiliation du contrat (c'est-à-dire par son exécution)¹⁸²⁰ et ne peut soulever qu'un nombre limité de moyens¹⁸²¹. De plus, l'opportunité de résilier le contrat administratif est appréciée par le juge de plein contentieux, lequel dispose des pouvoirs définis selon l'objectif de stabilité des relations contractuelles, qui implique notamment la protection de l'intérêt général¹⁸²². En outre, le délai de recours devrait être limité à deux mois, en application de l'article R. 421-1 du Code de justice administrative¹⁸²³.

Le passage du recours contre la décision de refus de résiliation du contrat administratif de l'excès de pouvoir au plein contentieux confère à cette voie d'action un caractère dissuasif. Si les tiers les plus aventureux réussissent à satisfaire les conditions de recevabilité et d'invocabilité des moyens, encore faut-il que les vices soulevés soient de nature à remettre

¹⁸²⁰ *Ibid.* Exception faite là encore du représentant de l'État et des élus locaux. « Il apparaît ainsi que cette nouvelle exigence posée en matière d'intérêt à agir est la même que le tiers agisse contre le contrat, contre un acte détachable de la passation, ou contre une décision refusant de faire droit à sa demande de mettre fin à l'exécution du contrat » (J. MARTIN, « Un nouveau recours en résiliation du contrat au bénéfice des tiers. Une pierre supplémentaire dans l'édifice de recomposition du contentieux contractuel », *JCP A* 2017 chron. 2195).

¹⁸²¹ « [L]es tiers ne peuvent utilement soulever, à l'appui de leurs conclusions [...] que des moyens tirés de ce que la personne publique contractante était tenue de mettre fin à son exécution du fait de dispositions législatives applicables aux contrats en cours, de ce que le contrat est entaché d'irrégularités qui sont de nature à faire obstacle à la poursuite de son exécution et que le juge devrait relever d'office ou encore de ce que la poursuite de l'exécution du contrat est manifestement contraire à l'intérêt général ; qu'à cet égard, les requérants peuvent se prévaloir d'inexécutions d'obligations contractuelles qui, par leur gravité, compromettent manifestement l'intérêt général ; qu'en revanche, ils ne peuvent se prévaloir d'aucune autre irrégularité, notamment pas celles tenant aux conditions et formes dans lesquelles la décision de refus a été prise ; qu'en outre, les moyens soulevés doivent, sauf lorsqu'ils le sont par le représentant de l'État dans le département ou par les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, être en rapport direct avec l'intérêt lésé dont le tiers requérant se prévaut » (CE Sect., 30 juin 2017, *SMPAT*, préc.).

¹⁸²² « Considérant que, saisi par un tiers dans les conditions définies ci-dessus, de conclusions tendant à ce qu'il soit mis fin à l'exécution d'un contrat administratif, il appartient au juge du contrat d'apprécier si les moyens soulevés sont de nature à justifier qu'il y fasse droit et d'ordonner après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, qu'il soit mis fin à l'exécution du contrat, le cas échéant avec un effet différé [...] » (*Ibid.*).

¹⁸²³ « La mise en œuvre du délai de recours de deux mois, règle d'application désormais générale, ne présente aucune difficulté en présence d'une décision provoquée : il courra à compter de la notification d'une décision expresse ou de la naissance d'une décision implicite, dans les conditions de droit commun » (G. PELLISSIER, Concl. sur CE Sect., 30 juin 2017, *SMPAT*, préc.). Art. R. 421-1 CJA : « La juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée ». Sauf à ce que le juge applique l'alinéa 3 de l'article précité, qui dispose que « [l]e délai [de deux mois] n'est pas applicable à la contestation des mesures prises pour l'exécution d'un contrat » (art. R. 421-1 al. 3 CJA).

en cause l'exécution du contrat et que l'intérêt général ne s'oppose pas à sa résiliation. Mais alors que le Conseil d'État semble avoir mis en place des garde-fous afin d'assurer la stabilité des relations contractuelles, il apparaît qu'il pourrait en réalité avoir ouvert la boîte de Pandore.

La décision *Transmanche*¹⁸²⁴ laisse entrevoir la possibilité que les mesures d'exécution du contrat administratif puissent désormais faire l'objet d'un recours de plein contentieux initié par les tiers. Certains juges du fond y ont vu une opportunité d'étendre la compétence du juge du contrat au contentieux des mesures d'exécution. Le Tribunal administratif de Versailles notamment, a ainsi pris la liberté de créer délibérément un recours de plein contentieux ouvert aux tiers contre la résiliation du contrat¹⁸²⁵. Par un jugement rendu le 7 décembre 2018, il a en effet affirmé « [qu']un tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la résiliation de ce contrat est recevable à contester devant le juge du contrat la validité de cette résiliation en vue d'obtenir la réparation du préjudice qu'il estime avoir subi »¹⁸²⁶, précisant par la même occasion que le recours en excès de pouvoir contre cette mesure est fermé¹⁸²⁷, sauf pour le préfet et les élus locaux¹⁸²⁸. Les conclusions du rapporteur public témoignent d'une volonté de « s'insérer dans le sillon des évolutions jurisprudentielles touchant à l'office du juge du contrat, afin de procéder à la novation du recours des tiers contre la mesure de résiliation, tout en définissant les conditions d'exercice d'un tel recours »¹⁸²⁹. La solution apportée par le tribunal administratif de Versailles a vocation à faire perdurer la reconnaissance des

¹⁸²⁴ CE Sect., 30 juin 2017, *SMPAT*, préc.

¹⁸²⁵ TA Versailles, 7 décembre 2018, *SARL Le domaine du bois fresnais et SARL Île-de-France Promotion*, n° 1504770, concl. N. BOUKHELOUA, *JCP A* 2019 p. 2143 ; N. BOUKHELOUA, *DA* 2019 comm. 5 ; J. DIETENHOEFFER, *Contrats-Marchés publ.* 2019 comm. 101.

¹⁸²⁶ *Ibid.*

¹⁸²⁷ Revenant ainsi sur la jurisprudence *TV6* : CE Ass., 2 février 1987, *Société TV6*, n° 81131, *Lebon* p. 29 ; concl. M. FORNACCIARI, *RFDA* 1987 p. 29 ; M. AZIBERT et M. DE BOISDEFFRE, *AJDA* 1987 p. 314.

¹⁸²⁸ « En revanche, à l'exception, s'agissant d'un contrat conclu par une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales, du représentant de l'État dans le département et des membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, un tiers à un contrat administratif ne peut pas demander l'annulation pour excès de pouvoir de la mesure de résiliation de ce contrat ». (TA Versailles, 7 décembre 2018, *SARL Le domaine du bois fresnais*, préc.).

¹⁸²⁹ N. BOUKHELOUA, Concl. sur TA Versailles, 7 décembre 2018, *SARL Le domaine du bois fresnais et SARL Île-de-France Promotion*, *JCP A* 2019 p. 2143.

intérêts des tiers éventuellement lésés par une mesure de résiliation¹⁸³⁰, tout en évitant que la contestation de celle-ci n'aboutisse à s'opposer à la volonté unilatérale de l'administration ou à la volonté commune des parties¹⁸³¹.

Cette prise de position nous paraît cependant être constitutive d'un élément perturbateur de la stabilité des relations contractuelles. Elle laisse entrevoir à de nombreux tiers¹⁸³² la possibilité de s'immiscer dans la phase d'exécution du contrat, qui ne regarde que l'administration et son cocontractant. S'il est admis qu'ils puissent contester la résiliation du contrat administratif, pourquoi ne pourraient-ils pas également s'opposer à sa modification unilatérale¹⁸³³ ou à d'autres mesures d'exécution ? Nous partageons ici l'avis du rapporteur public François Béroujon¹⁸³⁴ rendu sur le jugement du tribunal administratif de Bordeaux le 8 février 2021¹⁸³⁵. Alors que le juge administratif a rejeté au fond le recours en excès de pouvoir d'un conseiller municipal contre une mesure de résiliation, le rapporteur public avait proposé de rejeter sa requête sur le terrain de l'irrecevabilité. Et cette proposition n'était pas assortie de celle d'ouvrir un recours de plein contentieux. Elle manifestait au contraire une volonté d'immuniser les mesures d'exécution de toute contestation de la part d'un tiers¹⁸³⁶. Le recours contre le refus de résiliation du contrat administratif¹⁸³⁷ est donc porteur d'un potentiel déstabilisateur pour les relations contractuelles et l'action administrative. Il ouvre la voie à l'immixtion des tiers dans la phase d'exécution du contrat. Même si elle n'aboutit qu'à une indemnisation, comme le préconise le tribunal administratif

¹⁸³⁰ « [I]l existe des cas, même s'ils sont rares, où des tiers au contrat font valoir un intérêt suffisamment lésé par une résiliation contractuelle : usagers, associations, clients du cocontractant. » (*Ibid.*)

¹⁸³¹ « En effet, si la manière la plus adéquate d'assurer l'équilibre entre la légalité d'une part, et la stabilité des relations contractuelles d'autre part, lorsqu'un tiers lésé attaque une décision contractuelle illégale, est d'éviter que son recours n'aboutisse à une reprise des relations contractuelles hors le consentement des parties, tout en lui accordant une indemnisation, cela ne peut-il pas trouver une traduction dans le cadre de l'office du juge du contrat, juge de plein contentieux aux multiples visages ? » (*Ibid.*)

¹⁸³² « [I]l existe des cas, même s'ils sont rares, où des tiers au contrat font valoir un intérêt suffisamment lésé par une résiliation contractuelle : usagers, associations, clients du cocontractant, etc. » (*Ibid.*)

¹⁸³³ La modification conventionnelle, c'est-à-dire l'avenant, peut faire l'objet d'un recours de plein contentieux : CE, 20 novembre 2020, *Association Trans'Cub*, n° 42815, *Lebon T.* p. 842 ; J.-D. DREYFUS et A. BERGEAUD, *AJCT* 2021 p. 92 ; G. ECKERT, *Contrats-Marchés publ.* 2021 comm. 62 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2020 act. 674 ; S. HUL, *JCP A* 2021 p. 2020 ; J. MARTIN, G. PELLISSIER et N. GABAYET, *JCP A* 2021 p. 2036.

¹⁸³⁴ F. BÉROUJON, Concl. sur TA Bordeaux, 8 février 2021, *Commune de Langon*, *JCP A* 2021 p. 2147.

¹⁸³⁵ TA Bordeaux, 8 février 2021, *Commune de Langon*, n° 1900982 ; concl. F. BÉROUJON, *ibid.*

¹⁸³⁶ « *Exit* les solutions juridiquement séduisantes, mais économiquement décalées des enjeux pratiques et concrets des affaires. » (F. BÉROUJON, Concl. sur TA Bordeaux, 8 février 2021, *Commune de Langon*, préc.).

¹⁸³⁷ CE Sect., 30 juin 2017, *SMPAT*, préc.

de Versailles, elle place cependant les cocontractants dans une situation d'incertitude tout au long de la procédure, qui peut durer plusieurs années.

Mais que la pérennité du contrat administratif soit menacée en raison de la date de sa conclusion ou des conséquences de certaines prises de position du Conseil d'État, quelques solutions peuvent être envisagées ou l'ont déjà été pour pallier ces inconvénients inhérents à l'articulation entre le recours en excès de pouvoir et celui de plein contentieux.

§2. DES REMÈDES DE NATURE JURISPRUDENTIELLE

Si l'existence de voies de recours contre les actes détachables du contrat présente le risque de déstabiliser l'action administrative contractuelle, certains mécanismes permettent de neutraliser cette éventuelle menace. Parmi eux on recense évidemment la définition des actes attaquables dans le cadre du recours « Tarn-et-Garonne », tel que nous l'avons proposé précédemment¹⁸³⁸. Toutefois, cette solution a été envisagée à travers l'appréciation du champ d'application matériel du recours des tiers contre le contrat administratif¹⁸³⁹. Mais il est ici question d'appréhender cette voie d'action dans son environnement, celui du contentieux contractuel administratif. Il convient donc également de s'intéresser aux solutions pouvant être apportées en dehors du seul périmètre du recours des tiers contre le contrat administratif, du moins tel qu'il a été conçu à la suite de la décision *Tarn-et-Garonne*¹⁸⁴⁰. Or, quelques initiatives jurisprudentielles devraient précisément le permettre. Alors que le Conseil d'État avait en effet maintenu le recours en excès de pouvoir contre les actes détachables des contrats administratifs signés avant le 4 avril 2014, il semble avoir tempéré les effets négatifs de cette décision au moyen de l'intégration de leurs avenants dans le plein contentieux (A). Par ailleurs, l'exploitation de la notion de délai raisonnable de recours, originellement utilisée dans le contentieux des décisions administratives individuelles, pourrait offrir des perspectives de stabilisation des contrats administratifs (B).

¹⁸³⁸ V. *supra*. p. 116 et s.

¹⁸³⁹ *Ibid.*

¹⁸⁴⁰ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

A/ L'intégration des avenants dans le plein contentieux

L'un des facteurs de l'instabilité persistante des relations contractuelles repose incontestablement sur le maintien du recours en excès de pouvoir contre certains actes détachables du contrat, dont on peut craindre les répercussions. Il est vrai que même avant la décision *Tarn-et-Garonne*¹⁸⁴¹, le juge tentait de préserver le contrat administratif, autant que le permettaient les pouvoirs dont il disposait à l'époque¹⁸⁴². Mais la configuration du contentieux contractuel ne permettait pas de le garantir. La situation persiste encore en raison de la possibilité pour les tiers de contester dans certaines hypothèses les actes détachables du contrat administratif. L'engagement d'une telle procédure est évidemment de nature à inquiéter les cocontractants et se révèle incompatible avec l'efficacité de l'action administrative qui suppose de se déployer dans un environnement stable.

Rappelons en effet les situations dans lesquelles la stabilité du contrat administratif est susceptible d'être menacée, en raison de la perpétuité de son éventuelle remise en cause. L'annulation d'un acte détachable en excès de pouvoir peut conduire à la saisine de deux autres juges : celle du juge de l'exécution et, le cas échéant, du juge du contrat¹⁸⁴³. Or l'intervention successive de trois juges administratifs n'est pas systématiquement limitée dans le temps. Alors que le recours en excès de pouvoir est en principe enfermé dans un délai de deux mois à compter de la notification ou la publication de la décision¹⁸⁴⁴, le défaut de publicité de l'acte détachable paralyse le déclenchement du délai de recours¹⁸⁴⁵. Et s'il y a bien un acte qui ne fait pas formellement l'objet d'une publication, c'est la décision de

¹⁸⁴¹ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁸⁴² D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, Thèse, LGDJ, 1991 ; J.-F. LAFAIX, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, Thèse, Dalloz, 2009 ; P. BOURDON, *Le contrat administratif illégal*, Thèse, Dalloz, 2014.

¹⁸⁴³ CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement (IRD)*, *Lebon* p. 501 ; concl. D. PIVETEAU, *BJCP* 2004 p. 136 et *CJEG* 2004 p. 246 ; J.-D. DREYFUS, *AJDA* 2004 p. 394 et *RDI* 2004 p. 296 ; CE, 21 février 2011, *Société Ophrys, Communauté d'agglomération Clermont-Communauté*, *Lebon* p. 54 ; concl. B. DACOSTA, *BJCP* 2011 p. 133 ; F. BRENET, *DA* 2011 comm. 47 ; E. BUISSON, *JCP A* 2011 p. 2183 ; A. LALLET et X. DOMINO, *AJDA* 2011 p. 665 ; M.-C. DE MONTECLER, *AJDA* 2011. 356 ; R. NOGUELLOU, *RDI* 2011 p. 277 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2011 comm. 123 ; F. SCANVIC, *AJCT* 2011 p. 419.

¹⁸⁴⁴ Art. R. 421-1 CJA : « La juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée ».

¹⁸⁴⁵ « L'absence fréquente de publicité de l'acte détachable permettait à tout moment au tiers de former un recours pour excès de pouvoir [...] » (D. POUYAUD, « Que reste-t-il du recours pour excès de pouvoir dans le contentieux des contrats ? », *RFDA* 2015 p. 727).

signer le contrat. C'est précisément pour cette raison qu'elle a été intégrée dans le champ d'application du recours « Tarn-et-Garonne »¹⁸⁴⁶.

Il en résulte que les contrats administratifs signés avant le 4 avril 2014 pourraient en théorie demeurer contestables. Le Conseil d'État a expressément exclu ces derniers du recours de plein contentieux¹⁸⁴⁷. En principe cependant, le recours en excès de pouvoir contre leurs actes détachables est aujourd'hui forclo. À moins que l'un d'entre eux n'ait pas fait l'objet d'une publication, ce qui peut laisser courir le délai de recours. En dépit de ce cas de figure susceptible d'être rencontré, l'insécurité juridique relative à l'articulation du recours « Tarn-et-Garonne » avec le contentieux de la légalité des actes détachables a tendance à disparaître. L'une des premières raisons expliquant ce phénomène est assez naturelle. D'une manière ou d'une autre, l'ensemble des contrats administratifs conclus avant le 4 avril 2014, c'est-à-dire encore soumis au régime de l'excès de pouvoir en cas de contestation de l'un de leurs actes détachables par un tiers autre qu'un concurrent évincé ou que le préfet, ont vocation à disparaître de l'ordonnancement juridique¹⁸⁴⁸. La plupart du temps, l'extinction du contrat intervient une fois celui-ci entièrement exécuté et/ou arrivé à échéance¹⁸⁴⁹. Certes, il a été admis par le Conseil d'État que certains contrats pouvaient être conclus pour une durée indéterminée¹⁸⁵⁰. Alors que les décisions en cause¹⁸⁵¹

¹⁸⁴⁶ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁸⁴⁷ « 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, le recours ci-dessus défini ne pourra être exercé par les tiers qui n'en bénéficieraient pas et selon les modalités précitées qu'à l'encontre des contrats signés à compter de la lecture de la présente décision » (*Ibid*).

¹⁸⁴⁸ V. notamment sur ce point : G. ECKERT, « La temporalité des contrats publics », in *Le temps en droit administratif*, Dalloz, 2022, p. 145. V. pour une étude d'ensemble : C. CUBAYNES, *La durée des contrats administratifs*, Thèse, LGDJ, 2022.

¹⁸⁴⁹ « La fin ordinaire du contrat intervient lorsque les obligations des parties ont été exécutées, c'est-à-dire que l'objet du contrat a été intégralement réalisé (ex. réalisation des travaux) et/ou que le contrat est arrivé à échéance (ex. une délégation de service public ou un contrat domanial). » (H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., Dalloz, 2019, n° 738).

¹⁸⁵⁰ À propos d'une convention entre personnes publiques relative à l'organisation d'un service public : CE, 24 novembre 2008, *Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic Saint Loup*, n° 290540, *Lebon T.* p. 648 ; concl. B. DACOSTA, *BJCP* 2009 p. 151 ; J.-D. DREYFUS, *AJDA* 2009 p. 319 ; G. ECKERT, *Contrats-Marchés publ.* 2009 comm. 7. À propos d'une convention d'occupation privative du domaine public : CE, 5 février 2009, *Association « Société centrale d'agriculture, d'horticulture et d'acclimatation de Nice et des Alpes-Maritimes »*, n° 305021, *Lebon* p. 20 ; concl. N. ESCAUT, *BJCP* 2009 p. 224 ; J.-D. DREYFUS, *AJDA* 2009 p. 704 ; G. ECKERT, *Contrats-Marchés publ.* 2009 comm. 99 ; O. FÉVROT, *RDI* 2009 p. 250.

¹⁸⁵¹ *Ibid*.

laissaient penser que le juge administratif avait autorisé les engagements perpétuels¹⁸⁵², les solutions adoptées se sont précisément justifiées parce les conventions pouvaient être résiliées à tout moment¹⁸⁵³. C'est donc cette faculté qui distingue le caractère perpétuel et indéterminé d'un contrat¹⁸⁵⁴. Les dispositions du Code civil ne disent pas autre chose en associant à l'interdiction des engagements perpétuels la possibilité d'y mettre fin¹⁸⁵⁵. En tout état de cause, la durée de la majorité des contrats administratifs fait l'objet d'un encadrement législatif, en particulier les contrats de la commande publique¹⁸⁵⁶.

De plus, les inconvénients liés à l'application de l'ancien régime contentieux aux contrats conclus avant le 4 avril 2014¹⁸⁵⁷ et dont l'exécution est encore en cours sont en partie évités depuis la décision *Association Trans'Cub*¹⁸⁵⁸ du 20 novembre 2020. À l'occasion de cette affaire, le Conseil d'État a pu affirmer que « [dans] le cas où est contestée la validité d'un avenant à un contrat, la détermination du régime de la contestation est fonction de la date de signature de l'avenant, un avenant signé après le 4 avril 2014 devant être contesté dans les conditions prévues par la décision n° 358994 quand bien même il modifie un contrat signé antérieurement à cette date »¹⁸⁵⁹. La solution n'allait pourtant pas de soi, dès lors que l'avenant est une modification conventionnelle d'un contrat initial, lequel est censé déterminer le régime qui lui est applicable¹⁸⁶⁰. Malgré l'absence d'autonomie juridique de l'avenant par rapport au contrat originel¹⁸⁶¹, le Conseil d'État a fait le choix de les soumettre à un régime contentieux différent. Cette décision peut cependant trouver un fondement

¹⁸⁵² V. notamment en ce sens : F. MELLERAY, « Les contrats administratifs conclus sans limitation de durée », in *Mélanges Richer*, LGDJ, 2013, p. 211.

¹⁸⁵³ CE, 24 novembre 2008, *Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic Saint Loup*, préc. ; CE, 5 février 2009, *Association « Société centrale d'agriculture, d'horticulture et d'acclimatation de Nice et des Alpes-Maritimes »*, préc.

¹⁸⁵⁴ F. BRENET et M. AMILHAT, *J.-Cl. Contrats et Marchés publics*, Fasc. 12, n° 51 et 52.

¹⁸⁵⁵ Art. 1210 C. civ. : « Les engagements perpétuels sont prohibés. Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée. »

¹⁸⁵⁶ F. BRENET et M. AMILHAT, *J.-Cl. Contrats et Marchés publics*, n° 44-48 ; Ph. TERNEYRE, « La durée des contrats », *RFD A* 2016 p. 276.

¹⁸⁵⁷ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁸⁵⁸ CE, 20 novembre 2020, *Association Trans'Cub*, n° 42815, *Lebon T.* p. 842 ; J.-D. DREYFUS et A. BERGEAUD, *AJCT* 2021 p. 92 ; G. ECKERT, *Contrats-Marchés publ.* 2021 comm. 62 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2020 act. 674 ; S. HUL, *JCP A* 2021 p. 2020 ; J. MARTIN, G. PELLISSIER et N. GABAYET, *JCP A* 2021 p. 2036.

¹⁸⁵⁹ *Ibid.*

¹⁸⁶⁰ « Certes, on pouvait soutenir à l'appui de la solution inverse que les avenants ne sont pas de nouveaux contrats, mais des évolutions du contrat initial et que les règles applicables au contrat sont celles en vigueur à la date de sa signature. » (J. MARTIN, G. PELLISSIER et N. GABAYET, « Chronique de droit des contrats publics, 1^{ère} partie », *JCP A* 2021 p. 2036).

¹⁸⁶¹ H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, Thèse, LGDJ, 2009, pp. 282-285

juridique. Même si l'avenant est un contrat accessoire au contrat initial, absorbé par ce dernier de sorte à former un tout indissociable, il n'en demeure pas moins un contrat administratif. En tant que tel, il a logiquement vocation à être soumis aux règles établies par la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*¹⁸⁶², dès lors que sa signature est intervenue après le 4 avril 2014. Mais c'est surtout en termes d'opportunité que la solution peut se justifier. Elle offre une garantie nouvelle à la stabilité des relations contractuelles, y compris nées de contrats additionnels qui s'incorporent aux contrats initiaux dont la contestation par les tiers autres que les concurrents évincés ou le préfet relève encore du contentieux de l'excès de pouvoir. D'une certaine manière, elle accorde à l'ensemble des tiers la faculté d'attaquer devant le juge de pleine juridiction un contrat administratif conclu avant la lecture de la décision *Tarn-et-Garonne*¹⁸⁶³, mais tel que modifié après cette date¹⁸⁶⁴. L'insécurité juridique inhérente à l'intervention éventuelle de trois juges est alors écartée. Seule la crainte relative à l'absence de déclenchement du délai de recours de deux mois¹⁸⁶⁵ peut perdurer¹⁸⁶⁶. Mais d'une part, le caractère approprié des mesures de publicité de nature à déclencher le délai de recours¹⁸⁶⁷ fait l'objet d'une appréciation libérale du juge du contrat¹⁸⁶⁸ ; d'autre part, le délai raisonnable d'un an au-delà duquel un acte administratif ne peut plus être contesté¹⁸⁶⁹ devrait s'appliquer au recours des tiers contre le contrat administratif¹⁸⁷⁰. De manière plus

¹⁸⁶² CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁸⁶³ *Ibid.*

¹⁸⁶⁴ « Cette solution, qui s'écarte des propositions faites par le rapporteur public dans ses conclusions, offre aux tiers la possibilité d'introduire un recours Tarn-et-Garonne contre un avenant certes signé après le 4 avril 2014, mais qui modifie un contrat signé avant cette date. Elle permet donc, dans une certaine mesure, de contourner la limite issue de la modulation dans le temps des effets de la décision *Département de Tarn-et-Garonne* et d'atteindre indirectement un contrat signé antérieurement à cette date. » (P. BLANQUET, *J.-Cl. Contrats et Marchés publics*, Fasc. 31-1, n° 22).

¹⁸⁶⁵ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁸⁶⁶ « [Si] le Code de la commande publique prévoit, dans certains cas, la publication d'avis de modification [...], il n'est pas en usage de publier systématiquement un avis à l'occasion de la passation d'un avenant. En sorte qu'en l'absence de mesures de publicité appropriées le délai de recours pourrait ne pas commencer à courir. » (S. HUL, « Recours Tarn-et-Garonne et contestation des avenants : modalités d'application dans le temps », *JCP A* 2021 p. 2020).

¹⁸⁶⁷ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁸⁶⁸ CE, 3 juin 2020, *Centre hospitalier d'Avignon, Lebon T.*, p. 842 ; J. DIETENHOEFFER, *Contrats-Marchés publ.* Août 2020 comm. 243 ; S. HUL, *JCP A* n° 27 2020 p. 2194 ; M.-C. DE MONTECLER, *AJDA* 2020 p. 1146.

¹⁸⁶⁹ CE Ass., 13 juillet 2016, *Czabaj, Lebon* p. 340 ; concl. O. HENRARD, *RFDA* 2016 p. 927 ; L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, *AJDA* 2016 p. 1629 ; G. ÉVEILLARD, *DA* 2016 comm. 63 ; O. LE BOT, *JCP A* 2017 p. 2053 ; H. PAULIAT, *JCP A* 2016 p. 2238 ; M.-C. ROUAULT, *AJCT* 2016 p. 572.

¹⁸⁷⁰ CAA Marseille, 25 avril 2022, *SAS Seateam Aviation*, n° 19MA05387, concl. R. THIELÉ, *AJDA* 2022 p. 1516 ; P. REES, *Contrats-Marchés publ.* 2022 comm. 221.

générale, le délai raisonnable pourrait même être intégré dans le contentieux des actes détachables.

B/ La transposition du délai raisonnable de recours

Afin d'illustrer les inconvénients inhérents au contentieux des actes détachables, le rapporteur public Bertrand Dacosta relatait, au lendemain de la décision *Tarn-et-Garonne*¹⁸⁷¹, l'affaire du Stade de France¹⁸⁷². En l'espèce, la décision du Premier ministre de signer le contrat de concession pour la construction et l'exploitation de l'infrastructure avait été annulée en excès de pouvoir entraînant la résolution du contrat¹⁸⁷³. Une loi de validation de la concession avait alors été adoptée afin de préserver le contrat ainsi menacé de disparition¹⁸⁷⁴. Mais cette loi avait été déclarée inconstitutionnelle vingt ans plus tard¹⁸⁷⁵, de sorte que la concession était à nouveau attaquable et annulable. Sans qu'il ne conduise toujours à menacer des projets d'une telle ampleur¹⁸⁷⁶, le recours contre les actes encore jugés détachables du contrat administratif entretient une instabilité contractuelle à plusieurs niveaux.

Cette insécurité peut trouver son origine dans l'absence de publication de l'acte attaqué, qui va alors faire courir le délai de recours en excès de pouvoir dans un temps indéterminé. Les collectivités territoriales ont donc tout intérêt à publier en bonne et due forme les délibérations se prononçant sur le principe du recours à une délégation de service public ou à un marché de partenariat par exemple. En l'absence de défaut de publicité des actes détachables, le délai de recours est limité à deux mois¹⁸⁷⁷. Mais dans l'hypothèse où le juge de l'excès de pouvoir est saisi et qu'il prononce l'annulation de l'acte contesté, la cause de l'instabilité du contrat peut se déporter à un autre stade de la procédure. En effet,

¹⁸⁷¹ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁸⁷² B. SEILLER, S. BRACONNIER et B. DACOSTA, « Table ronde - À propos de l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne* », RDP 2014 p. 1148.

¹⁸⁷³ TA Paris, 2 juillet 1996, *M. Alain Sarfati et autres*, n° 95-10231/6 ; concl. P. COUZINET, RFDA 1996 p. 1113.

¹⁸⁷⁴ Loi n° 96-1077 du 11 décembre 1996 relative au contrat de concession du Stade de France à Saint-Denis.

¹⁸⁷⁵ CC, 11 février 2011, *M. Alban Salim B.*, n° 2010-100 QPC ; F. BRENET, DA 2011 comm. 37 ; R. GRAND, AJDA 2011 p. 305.

¹⁸⁷⁶ Précisons par ailleurs le contentieux des actes détachables a évolué depuis : CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement (IRD)*, préc. ; CE, 21 février 2011, *Société Ophrys, Communauté d'agglomération Clermont-Communauté*, préc.

¹⁸⁷⁷ Art. R. 421-1 CJA.

déterminer les conséquences de la disparition rétroactive d'un acte détachable sur le contrat administratif suppose de faire appel au juge de l'exécution, dans le cas où le juge de l'excès de pouvoir n'a pas assorti sa décision d'une injonction¹⁸⁷⁸. Tant que le juge de l'exécution n'est pas saisi, l'avenir du contrat est alors incertain. Le cas échéant, il faut encore que le juge du contrat administratif se prononce définitivement. Ce qui déstabilise l'action contractuelle administrative est donc l'incertitude, l'éventualité d'un recours illimité dans le temps et dont les conséquences sont inconnues.

Les dernières évolutions de la jurisprudence laissent cependant entrevoir de meilleures perspectives. Par une décision *Czabaj*¹⁸⁷⁹ rendue le 13 juillet 2016, le Conseil d'État a affirmé « que le principe de sécurité juridique, qui implique que ne puissent être remises en cause sans condition de délai des situations consolidées par l'effet du temps, fait obstacle à ce que puisse être contestée indéfiniment une décision administrative individuelle qui a été notifiée à son destinataire, ou dont il est établi, à défaut d'une telle notification, que celui-ci a eu connaissance ; qu'en une telle hypothèse, si le non-respect de l'obligation d'informer l'intéressé sur les voies et les délais de recours, ou l'absence de preuve qu'une telle information a bien été fournie, ne permet pas que lui soient opposés les délais de recours fixés par le code de justice administrative, le destinataire de la décision ne peut exercer de recours juridictionnel au-delà d'un délai raisonnable ; qu'en règle générale et sauf circonstances particulières dont se prévaudrait le requérant, ce délai ne saurait, sous réserve de l'exercice de recours administratifs pour lesquels les textes prévoient des délais particuliers, excéder un an à compter de la date à laquelle une décision expresse lui a été notifiée ou de la date à laquelle il est établi qu'il en a eu connaissance »¹⁸⁸⁰.

La transposition de cette règle prétorienne au contentieux contractuel administratif et en particulier au contentieux des actes détachables permettrait d'atténuer sensiblement les effets négatifs qui peuvent naître de la présence du recours en excès de pouvoir dans le

¹⁸⁷⁸ Le juge peut en effet « enjoindre à la personne publique de résilier le contrat, le cas échéant avec un effet différé, soit, eu égard à une illégalité d'une particulière gravité, d'inviter les parties à résoudre leurs relations contractuelles ou, à défaut d'entente sur cette résolution, à saisir le juge du contrat afin qu'il en règle les modalités s'il estime que la résolution peut être une solution appropriée » (CE, 21 février 2011, *Société Ophrys, Communauté d'agglomération Clermont-Communauté*, préc.).

¹⁸⁷⁹ CE Ass., 13 juillet 2016, *Czabaj, Lebon* p. 340 ; concl. O. HENRARD, *RFDA* 2016 p. 927 ; L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, *AJDA* 2016 p. 1629 ; G. ÉVEILLARD, *DA* 2016 comm. 63 ; O. LE BOT, *JCP A* 2017 p. 2053 ; H. PAULIAT, *JCP A* 2016 p. 2238 ; M.-C. ROUAULT, *AJCT* 2016 p. 572.

¹⁸⁸⁰ *Ibid.*

contentieux des contrats administratifs. Comme le souligne Madame le Professeur Alix Perrin, « le délai raisonnable neutralise [...] les abus des requérants qui jouent sur les règles de notification pour intenter parfois des années plus tard un recours contentieux »¹⁸⁸¹. La tendance actuelle à l'extension du champ d'application de la jurisprudence *Czabaj*¹⁸⁸² peut raisonnablement laisser présager que le délai raisonnable s'impose dans le contentieux contractuel administratif.

L'initiative a en tout cas été prise par la Cour administrative d'appel de Paris, laquelle a ainsi jugé qu'un recours excès de pouvoir contre un acte détachable n'ayant pas fait l'objet d'une publication ne pouvait être exercé par le tiers-requérant « au-delà d'un délai raisonnable [qui] en règle générale et sauf circonstances particulières [...] ne saurait [...] excéder un an à compter de la date à laquelle [...] il est établi qu'il en a eu connaissance »¹⁸⁸³. Le juge administratif d'appel a précisé par la même occasion « que la règle énoncée ci-dessus ne porte pas atteinte à la substance du droit au recours, mais tend seulement à éviter que son exercice, au-delà d'un délai raisonnable, ne mette en péril la stabilité des situations juridiques et la bonne administration de la justice, en exposant les défendeurs potentiels à des recours excessivement tardifs »¹⁸⁸⁴. La décision *Czabaj*¹⁸⁸⁵ est d'autant plus facilement transposable au contentieux des actes détachables qu'elle a au départ été prévue pour une autre catégorie d'acte administratif formée par les décisions administratives individuelles¹⁸⁸⁶. L'effort intellectuel pour parvenir à cette solution n'est donc pas insurmontable.

Bien entendu, la limitation du délai de recours contre les actes détachables du contrat administratif n'effacera pas toutes les imperfections. Ainsi notamment, si l'annulation de l'acte contesté n'est pas assortie d'injonction, le juge de l'exécution pourrait être saisi à

¹⁸⁸¹ A. PERRIN, « Le développement du délai raisonnable » in *Le temps en droit administratif*, préc., p. 73.

¹⁸⁸² CE Ass., 13 juillet 2016, *Czabaj*, préc. V. par ex. à propos de l'application de la jurisprudence *Czabaj* aux titres exécutoires : CE, 16 avril 2019, *Société Orange c/ Communauté d'agglomération de Saint-Quentin-en-Yvelines*, n° 422004. V. également sur ce point : note ci-dessus.

¹⁸⁸³ CAA Paris, 4 juillet 2017, *Lacroix-Wasover c/ Société immobilière d'économie mixte de la ville de Paris*, n° 15PA02283 ; J.-D. DREYFUS, *AJCT* 2017 p. 583 ; G. ECKERT, *Contrats-Marchés publ.* 2017 comm. 248 ; F. LINDITCH, *JCP A* 2018 p. 2014.

¹⁸⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁸⁵ CE Ass., 13 juillet 2016, *Czabaj*, préc.

¹⁸⁸⁶ *Ibid.*

n'importe quel moment¹⁸⁸⁷, par toute personne concernée¹⁸⁸⁸, afin de tirer les conséquences sur le contrat de l'annulation de l'acte détachable¹⁸⁸⁹. Il reste toutefois aussi envisageable d'enfermer la saisine du juge de l'exécution dans un délai raisonnable de recours. Mais l'intervention de plusieurs juges (juge de l'excès de pouvoir, de l'exécution et du contrat) allonge la durée totale de la procédure susceptible d'entraîner la remise en cause du contrat administratif.

En outre, le délai raisonnable n'évite pas l'instabilité provoquée par la présence de recours en contestation des mesures d'exécution du contrat. Sans doute faudrait-il réorienter les tiers éventuellement lésés vers le contentieux de la responsabilité extracontractuelle, ce qui suppose sur ce point de procéder à quelques ajustements. Cela permettrait de réparer d'éventuels préjudices causés aux tiers par une mesure d'exécution illégale, sans qu'ils ne disposent du pouvoir de la contester et donc de la faculté de s'immiscer dans les relations contractuelles.

L'instauration d'un délai raisonnable se présente cependant comme une solution dans tous les cas favorables à la stabilité des relations contractuelles. Si la question se pose pour faire face à d'éventuels abus des requérants, elle mérite aussi d'être étudiée afin de contrecarrer les inconvénients liés à la longueur et à la complexité des procédures. Or les tiers disposent également de procédure d'urgence permettant d'éviter que le temps ne joue au détriment de la stabilité des relations contractuelles.

¹⁸⁸⁷ Art. L. 911-4 CJA : « En cas d'inexécution d'un jugement ou d'un arrêt, la partie intéressée peut demander à la juridiction, une fois la décision rendue, d'en assurer l'exécution ». L'article ne prévoit cependant pas de délai de recours.

¹⁸⁸⁸ CE Sect., 13 novembre 1987, *Mmes Tusques et Marcaillon, Lebon* p. 360.

¹⁸⁸⁹ CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement (IRD)*, préc. ; CE, 21 février 2011, *Société Opbrys, Communauté d'agglomération Clermont-Communauté*, préc.

SECTION 2. LE RECOURS DES TIERS CONTRE LE CONTRAT ET LE RÉFÉRÉ-SUSPENSION

Si le recours des tiers contre le contrat administratif est en principe exercé dans les deux mois suivants « 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 »¹⁸⁹⁰, la décision du juge intervient plusieurs mois après¹⁸⁹¹. Certes, il statue au jour du jugement afin de tenir compte de l’objectif de stabilité des relations contractuelles. Mais imaginons que le contrat administratif soit entaché d’un vice de nature à entraîner sa résiliation ou son annulation et qu’aucun motif d’intérêt général ne s’y oppose. Sa disparition entraînerait forcément des conséquences juridiques et matérielles non négligeables. D’où l’intérêt de suspendre son exécution avant que le juge du contrat se prononce sur sa légalité. Aussi les tiers disposent-ils de la faculté d’assortir leur recours contre le contrat administratif d’un référé-suspension. Malheureusement, les conditions d’obtention de la suspension du contrat se révèlent drastiques. La procédure perd alors tout son intérêt, y compris celui reposant sur les chances de succès du recours « Tarn-et-Garonne » (§1). Il convient alors d’étudier les perspectives d’amélioration du référé-suspension, afin d’assurer – enfin – son efficacité (§2).

§1. DES INSUFFISANCES REGRETTABLES

Reprenant sur ce point la décision *Société Tropic Travaux*¹⁸⁹², la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*¹⁸⁹³ prévoit que « les requérants peuvent éventuellement assortir leur recours d’une demande tendant, sur le fondement de l’article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de l’exécution du contrat »¹⁸⁹⁴. L’application des dispositions précitées au

¹⁸⁹⁰ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁸⁹¹ En 2021, le délai constaté de jugement des affaires ordinaires (de leur enregistrement à leur notification) était de 1 an, 4 mois et 13 jours devant les tribunaux administratifs et de 11 mois et 27 jours devant les cours administratives d’appel : Rapport public du Conseil d’État – *Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives* (2021).

¹⁸⁹² CE Ass, 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

¹⁸⁹³ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁸⁹⁴ *Ibid.*

recours des tiers contre le contrat est à l'origine issue d'une proposition du rapporteur public Didier Casas dans ses conclusions sur l'arrêt *Tropic*¹⁸⁹⁵, consistant notamment à confondre le contrat administratif avec la décision administrative visée par le Code de justice administrative¹⁸⁹⁶. Le référé-suspension constitue un atout majeur pour le contentieux de la validité du contrat administratif. Il permet en effet de suspendre l'exécution de celui-ci avant même que le juge de plein contentieux ne se prononce sur sa légalité. Il évite ainsi une remise en cause tardive du contrat¹⁸⁹⁷, dont les conséquences de la disparition éventuelle sont proportionnelles à la durée de son exécution¹⁸⁹⁸. En résumé, le référé-suspension figure également parmi les outils garantissant la sécurité juridique du contrat administratif. Il préserve les relations contractuelles récentes ou à naître¹⁸⁹⁹. Si ce dernier est voué à faire l'objet d'une annulation ou d'une résiliation (ou risque d'en faire l'objet), il est évidemment souhaitable qu'elle intervienne le plus rapidement possible, évitant ainsi de bouleverser une situation juridique et matérielle bien établie. Le cas échéant, celle-ci peut être régularisée ou recrée sur une base légale saine. En outre, du point de vue du justiciable, le référé-suspension est un précieux instrument de protection des droits et intérêts, car il améliore considérablement ses chances de succès lors du recours au fond. Il est donc, accessoirement, « l'une des clés de voûte les plus importantes du succès du contrôle devant le juge administratif »¹⁹⁰⁰.

¹⁸⁹⁵ D. CASAS, Concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, RFDA 2007 p. 696.

¹⁸⁹⁶ « Il nous semble en effet que le recours contestant la validité du contrat dont nous vous proposons de consacrer l'existence doit pouvoir être regardé sans grand effort comme la « requête en annulation ou en réformation » dirigée contre une « décision administrative » mentionnée par l'article L. 521-1. » (*Ibid.*).

¹⁸⁹⁷ D'après les éléments statistiques de l'année 2013, « le délai moyen de jugement du contentieux des marchés et contrats est de 193 jours devant le Conseil d'État et de 402 jours devant les tribunaux administratifs. » (*JCP A* 2014 act. 478). Selon la Section du rapport et des études du Conseil d'État, en 2021, le délai moyen constaté pour les affaires ordinaires devant les tribunaux administratifs s'établit à 1 an, 4 mois et 13 jours : v. Rapport public - Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2021 (<https://www.conseil-etat.fr/actualites/le-conseil-d-etat-dresse-le-bilan-de-l-activite-de-la-justice-administrative-en-2021>).

¹⁸⁹⁸ « [Le] recours en contestation de la validité d'un contrat peut bénéficier d'une telle suspension dont l'objectif est de contourner le risque d'une décision juridictionnelle tardive, intervenant alors que le contrat est au mieux en cours d'exécution, et au pire, entièrement exécuté. » (O. GUÉZOU, *Traité de contentieux de la commande publique*, 2^e éd., Le Moniteur, 2018, n° 255).

¹⁸⁹⁹ Certains juges du fond ont admis que le référé-suspension pouvait être dirigé contre un contrat non signé : TA Châlons-en-Champagne, 19 mai 2015, *Ville de Reims et Société Amaury sport organisation*, n° 1500835 ; S. PURGEAULT, *AJDA* 2015 p. 1980.

¹⁹⁰⁰ A. SAYEDE-HUSSEIN, « Le juge du référé-suspension de droit commun et le contrat administratif : un bilan jurisprudentiel mitigé », *Contrats-Marchés publ.* 2014 ét. 6.

Malgré tout, cette procédure d'urgence est loin de rencontrer le succès escompté. Pour cause : les conditions d'accès à la demande de suspension d'un contrat administratif sont interprétées de manière particulièrement restrictive. La recevabilité du référé-suspension fait d'abord l'objet d'une approche subjective¹⁹⁰¹ calquée sur celle du recours en contestation de la validité du contrat¹⁹⁰², ce qui constitue déjà un premier obstacle à franchir pour le tiers. Surtout, la décision de suspension dépend de deux éléments dont l'existence est rarement reconnue : l'urgence d'une part ; le doute sérieux quant à la légalité de la décision d'autre part¹⁹⁰³.

Le premier de ces critères, l'urgence, fait très souvent défaut¹⁹⁰⁴. Elle justifie « que soit prononcée la suspension de l'exécution d'un contrat administratif [lorsqu'elle] porte atteinte, de manière suffisamment grave et immédiate, à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre »¹⁹⁰⁵. Elle s'apprécie concrètement au regard des effets de la décision sur la situation du requérant¹⁹⁰⁶. Ainsi par exemple, il n'y a pas d'urgence à suspendre l'exécution d'un contrat à la demande d'un candidat évincé alors que son commencement priverait l'entreprise requérante de toute chance de pouvoir le

¹⁹⁰¹ À l'exception des hypothèses dans lesquelles la suspension est demandée par un tiers institutionnel, dispensé d'apporter la preuve d'un intérêt à agir.

¹⁹⁰² S. DOUTEAUD, « Faire entrer un rond dans un carré. Le référé-suspension à l'épreuve du contentieux de la validité des contrats », *AJDA* 2019 p. 225.

¹⁹⁰³ Art. L. 521-1 CJA : « 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 ».

¹⁹⁰⁴ V. notamment en ce sens : S. DOUTEAUD, « Faire entrer un rond dans un carré. Le référé-suspension à l'épreuve du contentieux de la validité des contrats », préc. ; O. GUÉZOU, *Traité de contentieux de la commande publique*, préc., p. 176 ; H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., Dalloz, 2019, p. 925 et 938 ; M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, 4^e éd., LexisNexis, 2022, p. 518 ; L. RICHER et F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, 12^e éd., LGDJ, 2021, pp. 206-207 ; M. RIOUX, « Tentative d'éclaircissement sur l'inefficacité de la procédure de référé-suspension en matière de recours en contestation de validité par les tiers », *BJCP* 2020 p. 93 ; A. SAYEDE-HUSSEIN, « Le juge du référé-suspension de droit commun et le contrat administratif : un bilan jurisprudentiel mitigé », *Contrats-Marchés publ.* 2014 ét. 6.

¹⁹⁰⁵ CE, 18 septembre 2017, *Humbert et a. c/ Communauté de communes Centre Dombes*, *Lebon T.* pp. 684, 735 ; S. HUL, *AJCT* 2018 p. 40 ; E. MAUPIN, *AJDA* 2017 p. 1751 ; J.-P. PIÉTRI, *Contrats-Marchés publ.* 2017 comm. 264.

¹⁹⁰⁶ *Ibid.* ; S. DOUTEAUD, « Faire entrer un rond dans un carré. Le référé-suspension à l'épreuve du contentieux de la validité des contrats », préc. ; H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 939.

remporter¹⁹⁰⁷, que son éviction entraînerait une perte de 25%¹⁹⁰⁸ voire de près de 37% de son chiffre d'affaires¹⁹⁰⁹ ou le licenciement d'une partie de son personnel¹⁹¹⁰. Il semble donc que la vitalité de l'entreprise doive être menacée pour caractériser l'urgence¹⁹¹¹. Le Conseil d'État a estimé que tel était le cas lorsque « le chiffre d'affaires [d'une société] était intégralement assuré par l'exploitation des salles de spectacles dont elle assurait précédemment la gestion et que son avenir à court terme était fragilisé par la perte de ce contrat »¹⁹¹². Dans ces conditions, « l'attribution du contrat litigieux à une autre société portait une atteinte grave et immédiate à ses intérêts »¹⁹¹³, quand bien même « la société évincée n'avait qu'une chance de se voir attribuer le contrat »¹⁹¹⁴.

Au-delà de son approche subjective¹⁹¹⁵ et circonstanciée, la rareté de la reconnaissance de l'urgence à suspendre l'exécution du contrat s'explique également par sa confrontation à d'autres intérêts¹⁹¹⁶. Aussi, l'intérêt public attaché à la poursuite de l'exécution du contrat suffit à s'opposer à sa suspension¹⁹¹⁷. Mais c'est encore un intérêt public qui peut, au contraire, justifier l'urgence à prononcer la suspension du contrat administratif. Pour cette raison, les demandes de suspension initiées par les tiers institutionnels, garants de l'intérêt

¹⁹⁰⁷ TA Cergy-Pontoise, 18 décembre 2007, *Société Immobat*, n° 0713258 ; T. GUILBAU, *AJDA* 2008 p. 1443.

¹⁹⁰⁸ TA Versailles, 19 mars 2008, *Société CAC SA et Société Clichy-Dépannage*, n° 0801326 ; J.-P. PIÉTRI, *Contrats-Marchés publ.* 2008 comm. 111.

¹⁹⁰⁹ CE, 19 janvier 2015, *Société Ribière, Lebon T.*, pp. 758, 803 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2015 act. 106 ; S. HUL, *AJCT* 2015 p. 220 ; J. MARTIN, *JCP A* 2015 p. 2150 ; D. POUPEAU, *AJDA* 2015 p. 132.

¹⁹¹⁰ TA Châlons-en-Champagne, 28 août 2008, *CIBC c/ ANPE*, n° 0801856 ; M.-P. MAZET, *JCP A* 2008 p. 2228. *A contrario*, une baisse du chiffre d'affaires à hauteur de 50 % pourrait caractériser l'urgence : TA Bordeaux, 19 juin 2015, *Société Dépannage Automobile H et K*, n° 1502302.

¹⁹¹¹ TA Strasbourg, 28 mars 2014, *Société AS protection*, n° 1401223.

¹⁹¹² CE, 15 février 2021, *Société Oméga +*, n° 445488 ; L. ROULET, *AJCT* 2021 p. 315.

¹⁹¹³ *Ibid.*

¹⁹¹⁴ *Ibid.*

¹⁹¹⁵ Stéphanie Douteaud identifie en ce sens une subjectivisation à double échelle, à savoir « par la sélection des intérêts défendables » et « par l'appréciation contingente de la gravité de l'atteinte » : S. DOUTEAUD, « Faire entrer un rond dans un carré. Le référé-suspension à l'épreuve du contentieux de la validité des contrats », préc.

¹⁹¹⁶ « Une fois l'urgence à suspendre démontrée, le juge des référés la met, à l'instar de la suspension des décisions administratives, en balance avec les autres urgences. De la sorte, le juge du référé doit faire un bilan global des différents intérêts en jeu, c'est-à-dire qu'il doit prendre en compte les avantages et les inconvénients de la suspension du contrat. L'urgence à suspendre n'est remplie que si les premiers l'emportent sur les seconds. » (A. SAYEDE-HUSSEIN, « Le juge du référé-suspension de droit commun et le contrat administratif : un bilan jurisprudentiel mitigé », préc.).

¹⁹¹⁷ « [Une] place spéciale est faite à l'intérêt public attaché à la poursuite de l'exécution du contrat. Autrement dit, étant soutenue par un intérêt public, l'exécution du contrat prévaut systématiquement sur sa suspension. » (*Ibid.*).

général, devraient connaître davantage de succès. La décision *CIREST*¹⁹¹⁸, rendue par le Conseil d'État le 10 octobre 2018, est sur ce point particulièrement révélatrice. Elle illustre l'hypothèse dans laquelle un intérêt public justifie la suspension du contrat. En l'espèce, l'exécution d'un marché signé par un syndicat mixte de traitement des déchets présentait le risque « d'affecter de façon substantielle les finances de [ce dernier] et [était] susceptible de créer, à brève échéance, une situation difficilement réversible »¹⁹¹⁹, au regard du montant (243 millions d'euros) et de la durée du marché (quinze ans), engageant ainsi une part importante des ressources de l'établissement, mais aussi de la nécessité d'engager dans les plus brefs délais les travaux¹⁹²⁰. « [Les] conséquences indemnitaires d'une annulation ou d'une résiliation du contrat par le juge du fond [auraient été] d'autant plus graves pour les finances du syndicat que les investissements liés à l'exécution du marché auraient déjà été réalisés »¹⁹²¹. La solution s'inscrit ainsi dans la lignée de la décision *Centre Dombes*¹⁹²² rendue peu avant, selon laquelle la condition d'urgence est satisfaite quand « une atteinte suffisamment grave et immédiate aux intérêts défendus par les membres de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales est susceptible d'être caractérisée lorsque le coût des travaux qui font l'objet d'un marché public risque d'affecter de façon substantielle les finances de la collectivité ou du groupement concerné et que l'engagement des travaux est imminent et difficilement réversible »¹⁹²³.

Bien que la condition relative à l'urgence constitue le plus important obstacle à la suspension de l'exécution du contrat, l'exigence d'un moyen propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision n'est pas aisée à satisfaire¹⁹²⁴. Seules les irrégularités les plus graves, susceptibles d'entraîner la résiliation ou l'annulation du contrat sont en effet de nature à établir une suspicion sérieuse d'illégalité¹⁹²⁵. Tel est le cas d'un manquement aux

¹⁹¹⁸ CE, 10 octobre 2018, *Communauté intercommunale Réunion Est (CIREST) Virapoullé*, n° 419406 ; S. DOUTEAUD, *AJDA* 2019 p. 225 ; O. DIDRICHE, *AJCT* 2019 p. 95 ; J.-P. PIÉTRI, *Contrats-Marchés publ.* 2018 comm. 281 ; V. WALLY-ISSOP et C. BARDON, *DA* 2019 comm. 1.

¹⁹¹⁹ *Ibid.*

¹⁹²⁰ *Ibid.*

¹⁹²¹ *Ibid.*

¹⁹²² CE, 18 septembre 2017, *Humbert et a. c/ Communauté de communes Centre Dombes*, préc.

¹⁹²³ *Ibid.*

¹⁹²⁴ « Pour déterminer s'il y a doute sérieux le juge du référé adopte la même démarche que le juge du contrat, ce qui a pour conséquence de rendre difficile la preuve d'une illégalité suffisamment certaine. » (L. RICHER et F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 427).

¹⁹²⁵ CE, 14 octobre 2015, *Région Réunion, Lebon* p. 347 ; concl. G. PELLISSIER, *BJCP* 2016 p. 71 ; S. BRACONNIER, *RDI* 2015 p. 583 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2015 act. 866 ; S. HUL, *AJCT* 2016 p. 115 ; J. MARTIN,

obligations de transparence et de mise en concurrence entraînant la création d'une rupture d'égalité entre les candidats¹⁹²⁶. Le Conseil d'État semble par ailleurs avoir ouvert la voie vers une conception plus souple du moyen sérieux propre à créer un doute sérieux quant à la légalité du contrat administratif, en y assimilant les vices susceptibles de faire l'objet d'une régularisation¹⁹²⁷. La solution est opportune vis-à-vis de l'accroissement du champ d'application de la régularisation¹⁹²⁸. Elle évite d'exclure de la catégorie des vices de nature à créer un doute sérieux sur la légalité du contrat tous ceux potentiellement régularisables. Mais elle est surtout logique dès lors que l'absence de régularisation du contrat entraîne sa disparition. Les vices corrigibles sont en effet ceux qui justifient la disparition de l'acte, auquel cas la régularisation n'aurait pas d'intérêt. Finalement, le Conseil d'État confirme ici la décision selon laquelle l'existence d'un moyen propre à créer un doute sérieux sur la légalité du contrat dépend de la présence d'irrégularités menaçant la survie de l'acte.

La suspension de l'exécution d'un contrat administratif demeure malgré tout particulièrement extraordinaire. L'absence d'effectivité du référé-suspension résulte visiblement d'une stratégie mise en œuvre pour assurer la stabilité du contrat administratif, confortée par son exécution¹⁹²⁹. Elle pourrait cependant s'avérer parfois contre-productive, d'où l'intérêt de repenser la procédure d'urgence.

§2. DES AMÉLIORATIONS ENVISAGEABLES

Alors qu'il proposait à ses collègues d'admettre l'ouverture à l'ensemble des tiers d'un recours en contestation de la validité du contrat administratif, le rapporteur public Bertrand Dacosta avait pris soin de préciser « que [cette évolution] ne suffira pas à régler toutes les questions pendantes. D'autres chantiers se profilent. [...] Donner toute son efficacité au

JCP A 2016 p. 2074 ; D. POUPEAU, *AJDA* 2015 p. 1949 ; M. UBAUD-BERGERON, *Contrats-Marchés publ.* Déc. 2015 comm. 297.

¹⁹²⁶ CE, 15 février 2021, *Société Oméga +*, préc.

¹⁹²⁷ CE, 10 octobre 2018, *Communauté intercommunale Réunion Est (CIREST) Virapoullé*, préc.

¹⁹²⁸ V. *supra*. p. 343 et s.

¹⁹²⁹ « [Le référé-suspension] constitue « une fausse fenêtre » en raison de ses conditions d'octrois draconiennes. Celles-ci sont appréciées beaucoup trop restrictivement. La stratégie de sécurisation du contrat administratif en est la raison principale. Si l'accès au juge n'est plus verrouillé, la sécurité contractuelle prévaut largement sur sa légalité » (A. SAYEDE-HUSSEIN, « Le juge du référé-suspension de droit commun et le contrat administratif : un bilan jurisprudentiel mitigé », préc.)

recours en contestation de la validité du contrat imposera, croyons-nous, de réfléchir aux conditions de mise en œuvre du référé suspension dont il peut être assorti, et notamment à la condition d'urgence. Cette condition, telle qu'elle est interprétée actuellement par les tribunaux et les cours, est rarement remplie »¹⁹³⁰. Plusieurs auteurs ont ainsi proposé des pistes de réflexion à fin d'améliorer les conditions d'exercice du référé-suspension¹⁹³¹.

Il ne fait aucun doute que la procédure de suspension du contrat administratif doit être suffisamment alignée sur le contentieux de sa validité. Mais les modifications envisageables doivent cependant tenir compte de celles étudiées au niveau de l'accès des tiers au juge du contrat¹⁹³² et de l'office de celui-ci¹⁹³³. Dès lors que l'ouverture du recours contre le contrat administratif s'envisage à tous les tiers dont la qualité justifie d'un intérêt à le contester¹⁹³⁴, la recevabilité du référé-suspension doit dépendre de cette même condition. Qu'il s'agisse de remettre en cause la validité du contrat ou de paralyser préalablement son exécution, l'objectif reste le même : offrir aux requérants la possibilité de défendre des intérêts partagés par des catégories entières de tiers, en raison des effets du contrat administratif à leur égard. L'approche objective du référé-suspension ainsi adoptée contribuera à renforcer le caractère administratif inhérent au contrat.

Reste à déterminer examiner les conditions dans lesquelles le bien-fondé de la demande de suspension pourrait être établi. La démarche suppose de définir préalablement la finalité du référé. À l'heure actuelle, elle paraît avoir été détournée dans l'unique but de garantir la stabilité des relations contractuelles¹⁹³⁵. La neutralisation des chances de succès de la demande de suspension, tenant principalement à la rareté de la reconnaissance de

¹⁹³⁰ B. DACOSTA, Concl. sur CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, *RFDA* 2014 p. 425.

¹⁹³¹ S. DOUTEAUD, « Faire entrer un rond dans un carré. Le référé-suspension à l'épreuve du contentieux de la validité des contrats », préc. ; J. GOURDOU et P. TERNEYRE, « Peut-on améliorer les référés en matières contractuelles ? », *AJDA* 2014 p. 2055. S'agissant du contentieux de l'exécution intéressant les parties : F. POULET, « Un office du juge à renforcer dans le contentieux de l'exécution » in *L'exécution des contrats administratifs*, dir. V. BOUHIER et D. RICCARDI, Le Moniteur, 2018, p. 195.

¹⁹³² V. *supra*. p. 227 et s.

¹⁹³³ V. *supra*. p. 321 et s.

¹⁹³⁴ V. *supra*. p. 227 et s.

¹⁹³⁵ A. SAYEDE-HUSSEIN, « Le juge du référé-suspension de droit commun et le contrat administratif : un bilan jurisprudentiel mitigé », préc.

l'urgence¹⁹³⁶, constitue une première barrière de protection du contrat administratif¹⁹³⁷. Elle garantit sa bonne exécution dès l'instant suivant sa conclusion et parfois même avant celle-ci¹⁹³⁸. Le cas échéant, l'absence de suspension du contrat administratif renforce l'intérêt général à maintenir son exécution dans le cadre du recours en contestation de la validité du contrat. Une fois celui-ci exécuté ou en cours d'exécution, les espoirs des tiers de voir le contrat administratif disparaître s'amenuisent. Cette stratégie contentieuse ne doit pas être remise en cause outre mesure. L'objet du référé-suspension n'est évidemment pas de paralyser un contrat entaché d'une irrégularité ne menaçant pas sa survie ou dont l'inexécution perturberait la continuité du service public. Les demandes de suspension initiées par les tiers ne doivent cependant pas relever de la gageure. Il est impératif qu'elles reposent sur un équilibre entre les intérêts en présence, en incluant davantage ceux représentés par les différentes catégories de tiers. Quelles solutions sont envisageables pour ce faire ?

Il ne paraît pas opportun de renoncer à une appréciation objective de l'urgence, comme le suggère Stéphanie Douteaud¹⁹³⁹, pour ne la caractériser qu'au regard « d'un risque compromettant un intérêt défendu par le réclamant »¹⁹⁴⁰. Elle se confondrait totalement avec la recevabilité du référé. Dans l'absolu, cette option n'aurait pas nécessairement pour effet de faire obstacle à la constitution de l'urgence à suspendre l'exécution du contrat, dès lors qu'il serait admis que le référé est ouvert aux tiers dont la qualité justifie d'un intérêt à agir¹⁹⁴¹, non pas uniquement à ceux dont la seule situation personnelle est bouleversée. Se pose cependant l'opportunité, au stade d'une procédure d'urgence, de vérifier si l'exécution

¹⁹³⁶ V. notamment en ce sens : S. DOUTEAUD, « Faire entrer un rond dans un carré. Le référé-suspension à l'épreuve du contentieux de la validité des contrats », préc. ; O. GUÉZOU, *Traité de contentieux de la commande publique*, préc., p. 176 ; H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 925 et 938 ; M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 518 ; L. RICHER et F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, préc. pp. 206-207 ; M. RIOUX, « Tentative d'éclaircissement sur l'inefficacité de la procédure de référé-suspension en matière de recours en contestation de validité par les tiers », préc. ; A. SAYEDE-HUSSEIN, « Le juge du référé-suspension de droit commun et le contrat administratif : un bilan jurisprudentiel mitigé », préc.

¹⁹³⁷ « [La] suspension a, par hypothèse, un effet très déstabilisateur sur le contrat » (J. GOURDOU et P. TERNEYRE, « Peut-on améliorer les référés en matières contractuelles ? », préc.).

¹⁹³⁸ TA Châlons-en-Champagne, 19 mai 2015, *Ville de Reims et Société Amaury sport organisation*, préc.

¹⁹³⁹ S. DOUTEAUD, « Faire entrer un rond dans un carré. Le référé-suspension à l'épreuve du contentieux de la validité des contrats », préc.

¹⁹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁹⁴¹ V. *supra*. p. 227 et s.

du contrat en cause, « compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire »¹⁹⁴², ne porte pas atteinte « de manière suffisamment grave et immédiate, à un intérêt public »¹⁹⁴³. Autrement dit, une fois l'intérêt à agir du tiers-requérant admis, le juge du référé doit-il examiner une éventuelle atteinte à un intérêt dépassant parfois ceux représentés par le demandeur ? ON sait en effet que si un intérêt public peut s'opposer à la suspension du contrat, il peut tout autant l'exiger. Mais comment alors caractériser l'urgence au regard de cet intérêt public ? La solution peut se lire entre les lignes des conclusions de Bertrand Dacosta sur l'arrêt *Tarn-et-Garonne*¹⁹⁴⁴. Celui proposait en effet « d'imaginer, en certains cas, que puisse jouer une présomption [d'urgence] »¹⁹⁴⁵, précisant que « la suspension d'un contrat peut être préférable à son annulation en cours d'exécution, aussi bien pour les parties que pour l'intérêt général »¹⁹⁴⁶. Sans en conclure qu'il puisse exister une présomption d'urgence à exécuter un contrat illégal, les irrégularités les plus graves pourraient cependant caractériser une telle condition. « Le juge du référé-suspension a [...] pour mission d'anticiper sur ce que pourrait être la position des juges du fond, afin d'en tirer provisoirement les conséquences »¹⁹⁴⁷. La présence d'un vice justifiant la résiliation ou l'annulation du contrat administratif serait ainsi de nature à établir un intérêt public caractérisant l'urgence à suspendre son exécution. La reconnaissance de l'urgence de la situation dépendrait à la fois des caractéristiques du contrat (sommes engagées, durée de la convention, exécution instantanée ou non, etc.) et de la nature de l'irrégularité, en tenant compte de la possibilité de procéder à une régularisation¹⁹⁴⁸.

L'approche de la condition relative à l'urgence ici envisagée suppose en réalité de fusionner celle-ci avec celle tenant au moyen propre à créer un doute sérieux quant à la légalité du contrat, comme cela a déjà été proposé par certains auteurs¹⁹⁴⁹. Une analyse plus

¹⁹⁴² CE, 18 septembre 2017, *Humbert et a. c/ Communauté de communes Centre Dombes*, préc.

¹⁹⁴³ *Ibid.*

¹⁹⁴⁴ B. DACOSTA, Concl. sur CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁹⁴⁷ C. BROYELLE, *Contentieux administratif*, 8^e éd., LGDJ, 2020-2021, n° 494.

¹⁹⁴⁸ D'où l'intérêt que le juge du contrat dispose, dans certains cas, du pouvoir de procéder lui-même à la régularisation du contrat. Si le juge des référés refuse de prononcer la suspension de l'acte en raison de sa potentielle régularisation, mais que les parties n'y procèdent pas, cela reviendra à résilier ou annuler un contrat administratif dont l'exécution est déjà achevée ou en cours depuis plusieurs mois. Les conséquences de sa disparition n'en seraient que plus importantes.

¹⁹⁴⁹ « La plus importante évolution à ce titre pourrait, à notre sens, consister à fusionner les conditions d'urgence et de moyen propre à créer un doute sérieux sur la validité du contrat en une analyse globale qui,

globale de l'opportunité de suspendre l'exécution d'un contrat administratif peut certes susciter la critique en raison d'un manque de rigueur juridique, en particulier au regard des efforts consentis par le Conseil d'État afin de distinguer avec orthodoxie les conditions de la suspension du contrat¹⁹⁵⁰. Elle ne manquerait cependant pas de réalisme¹⁹⁵¹ : comment ne pas voir une urgence à empêcher le commencement ou la poursuite de l'exécution d'un contrat dont la disparition est quasiment assurée ? Refuser d'accepter cette évidence reviendrait à placer le contrat en cause dans une grande insécurité.

Il n'en demeure pas moins que, comme souligné ci-dessus, un intérêt public – la continuité du service public – peut constituer un obstacle à la suspension du contrat¹⁹⁵². Tel est par exemple le cas si l'interruption de l'exécution du contrat entraîne la saturation d'un site de stockage de déchets¹⁹⁵³. Aussi, le juge du référé pourrait alors disposer d'un « pouvoir de renoncer à la suspension »¹⁹⁵⁴ tel que proposé par Stéphanie Douteaud. « Cette prérogative consiste à refuser d'ordonner la suspension alors même que les conditions légales sont réunies, lorsqu'un motif d'intérêt général s'y oppose. C'est une déclinaison du pouvoir de renoncer à la sanction, bien connu du juge du contrat »¹⁹⁵⁵. Mais en dehors de cette hypothèse particulière, on ne voit pas ce qui pourrait s'opposer à une appréciation plus souple des conditions permettant d'obtenir la suspension de l'exécution du contrat

à l'image de celle que pratique le juge du fond, intégrerait la considération des intérêts en présence et la gravité de l'irrégularité invoquée [...]. En d'autres termes, dans le cadre d'un recours *Département de Tarn-et-Garonne*, pourrait être posé qu'en principe, il n'appartient pas au juge, saisi d'une demande accessoire en ce sens, de prononcer la suspension du contrat, sauf pour le requérant à démontrer - par la production d'éléments tangibles - que celle-ci se justifie en regard de la lésion d'intérêts privés et/ou publics majeurs et de la présence d'un moyen susceptible de jeter un doute sérieux sur la validité du contrat, le tout étant apprécié non pas de manière séparée, mais dans le cadre d'une analyse globale. » (J. GOURDOU ET P. TERNEYRE, « Peut-on améliorer les référés en matières contractuelles ? », préc.).

¹⁹⁵⁰ S. DOUTEAUD, « Faire entrer un rond dans un carré. Le référé-suspension à l'épreuve du contentieux de la validité des contrats », préc.

¹⁹⁵¹ « Pour iconoclaste que paraisse, de prime abord, cette proposition, nous avons la faiblesse de penser qu'elle correspond beaucoup plus à la réalité jurisprudentielle que l'actuelle hypocrisie consistant à dénaturer l'article L. 521-1 du CJA... » (J. GOURDOU et P. TERNEYRE, « Peut-on améliorer les référés en matières contractuelles ? », préc.).

¹⁹⁵² « D'ailleurs, la principale « circonstance » capable d'éviter l'urgence est celle qui motive généralement la décision de ne pas annuler/résilier un contrat. Il s'agit du principe de continuité du service public. » (S. DOUTEAUD, « Faire entrer un rond dans un carré. Le référé-suspension à l'épreuve du contentieux de la validité des contrats », préc.).

¹⁹⁵³ CE, 10 octobre 2018, *Communauté intercommunale Réunion Est (CIREST) Virapoullé*, préc.

¹⁹⁵⁴ S. DOUTEAUD, « Faire entrer un rond dans un carré. Le référé-suspension à l'épreuve du contentieux de la validité des contrats », préc.

¹⁹⁵⁵ *Ibid.*

administratif. D'autant plus que lorsque la suspension est ordonnée, le Code de justice administrative impose que l'affaire soit réglée au fond dans les meilleurs délais¹⁹⁵⁶.

¹⁹⁵⁶ Art. R. 521-1 al. 2 CJA : « Lorsque la suspension est prononcée, il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision dans les meilleurs délais. La suspension prend fin au plus tard lorsqu'il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision ».

CONCLUSION DU CHAPITRE

Alors que le recours « Tarn-et-Garonne » se présente comme la principale et unique voie d'action ouverte à l'ensemble des tiers au contrat administratif, on observe au sein du contentieux contractuel administratif la présence d'autres voies de recours accessibles aux tiers. Elles se répartissent en deux catégories. La première regroupe les recours contre les actes encore détachables du contrat administratif : ceux des contrats conclus avant le 4 avril 2014, ceux relatifs à la phase d'exécution du contrat ou ceux considérés comme suffisamment indépendants de sa phase de formation. La seconde comprend le référé-suspension accessoire au recours en contestation de la validité du contrat.

Ces deux types de voies de recours ont pour point commun de fragiliser la notion de contrat administratif, par des mécanismes différents. Le maintien de recours contre les actes détachables laisse toujours planer une menace sur la stabilité de l'action contractuelle administrative, soit en raison d'une remise en cause ultérieure du contrat, soit en raison d'une ingérence des tiers dans son exécution. La continuité du service public et la satisfaction de l'intérêt général, qui constituent la raison d'être du contrat administratif, peuvent donc être compromises. S'il apparaît alors indispensable de mettre définitivement un terme à la théorie des actes détachables, la jurisprudence semble sur le point d'offrir quelques solutions permettant de limiter les risques de remise en cause inopinée du contrat administratif : l'instauration d'un délai de recours raisonnable ou la fermeture de tout recours des tiers à l'encontre des mesures d'exécution par exemple.

En revanche, le référé-suspension éventuellement assorti au recours « Tarn-et-Garonne » n'affaiblit pas la notion de contrat administratif en raison de sa présence au sein du contentieux contractuel, mais en raison de son absence d'effectivité. En effet, les conditions actuelles de suspension du contrat administratif sont tellement strictes que d'une part, elles peuvent conduire à maintenir l'exécution de contrats dont l'illégalité les condamne à la résiliation ou à la résolution ; d'autre part, elle néglige les intérêts des tiers à l'égard desquels le contrat administratif produit des effets. Leur chance de succès dépend effectivement de la suspension de l'exécution du contrat. Par conséquent, il nous semble

nécessaire de revoir les modalités de suspension des contrats administratifs potentiellement illégaux. Une appréciation plus souple et plus globale de celles-ci, en instaurant une présomption d'urgence à prononcer la suspension du contrat en cas d'illégalité, devrait assurer l'efficacité de la procédure de référé et la reconnaissance du rôle des tiers dans la défense d'intérêts collectifs potentiellement lésés par le contrat.

CHAPITRE 2. L'ARTICULATION DU RECOURS « TARN-ET-GARONNE » AVEC LES VOIES DE RECOURS RÉSERVÉES À CERTAINS TIERS

L'ouverture d'un recours en contestation de la validité du contrat à l'ensemble des tiers ne permet pas de les soumettre à un régime contentieux commun. L'accès restreint au juge du contrat, basé sur un intérêt lésé dont ils doivent apporter la preuve, crée entre eux une différence de traitement en fonction de la situation dans laquelle ils se trouvent. Cette distorsion est encore renforcée plus en amont par le statut de requérant privilégié accordé au préfet et aux élus locaux. Elle interroge sur les effets du contrat à l'égard des tiers, parce qu'elle présuppose que certains justiciables sont moins impactés par le contrat administratif que d'autres et, par conséquent, moins légitimes à le contester.

Le changement de paradigme proposé, consistant à faire dépendre l'ouverture du recours « Tarn-et-Garonne » de la qualité dont se prévaut le tiers-requérant (donc des intérêts qu'il représente), tend à réduire ces inégalités. L'homogénéisation de la notion de tiers pourrait cependant trouver ses limites au sein du contentieux contractuel administratif. D'autres formes de disparités existent entre les tiers au contrat. Elles trouvent leurs origines dans l'attribution de voies d'action supplémentaires réservées à des catégories spécifiques de tiers. Ainsi le statut privilégié du représentant de l'État est renforcé par le déféré préfectoral (**Section 1**), tandis que les concurrents évincés bénéficient de deux autres voies de recours qui leur sont spécialement dédiées (**Section 2**). L'étude de l'articulation de ces recours particuliers avec le recours en contestation de la validité du contrat permet de mesurer plus précisément l'importance des inégalités existantes entre les requérants et d'en tirer les conséquences sur la notion de tiers au contrat administratif. Le cas échéant, elle contribue à déterminer la place à laquelle pourraient prétendre les différentes catégories de tiers au sein du contentieux contractuel administratif.

SECTION 1. LE RECOURS DES TIERS CONTRE LE CONTRAT ET LE DÉFÉRÉ PRÉFECTORAL

La plupart des commentateurs de la décision *Tarn-et-Garonne*¹⁹⁵⁷ n'ont pas manqué de souligner la place particulière occupée par le préfet au sein du recours en contestation de la validité du contrat ouvert aux tiers¹⁹⁵⁸. Déjà avant ce grand bouleversement jurisprudentiel, le représentant de l'État avait été identifié comme un requérant privilégié¹⁹⁵⁹, en raison du recours spécifique dont il dispose : le déféré préfectoral. Transcendée par la profonde mutation du contentieux contractuel administratif, cette voie d'action réservée au représentant de l'État a elle-même été l'objet de plusieurs revirements de jurisprudence, dont le dernier a conduit à son absorption dans le recours ouvert à l'ensemble des tiers contre le contrat administratif¹⁹⁶⁰. Pour autant, ce transfert ne s'est pas accompagné d'une remise en cause du statut de requérant privilégié du préfet, dont il bénéficie en raison des missions qui lui sont confiées (§1). Toutefois, l'inégalité apparente établie entre le représentant de l'État et les autres tiers tend à s'estomper (§2).

§1. LA LÉGITIMATION D'UN STATUT PRIVILÉGIÉ DU PRÉFET

Le statut particulier accordé au préfet dans le cadre du recours des tiers contre le contrat administratif se manifeste à travers l'octroi ou la préservation d'une série d'avantages dont il ne pouvait être privé à l'occasion de l'intégration du déféré préfectoral dirigé à l'encontre du contrat administratif dans un recours ouvert à l'ensemble des tiers (A). En effet, la place accordée au représentant de l'État se justifie aisément par les fondements législatifs et surtout constitutionnels du déféré préfectoral, expression du contrôle de légalité (B).

¹⁹⁵⁷ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁹⁵⁸ V. notamment : A. BRETONNEAU et J. LESSI, « Contentieux contractuel : la révolution rentre au port », *AJDA* 2014 p. 1035 ; B. DACOSTA, « Esquisse d'une typologie des requérants en matière contractuelle », *AJDA* 2014 p. 2049 ; P. DELVOLVÉ, « De *Martin* à *Bonhomme*. Le nouveau recours des tiers contre le contrat administratif », *RFDA* 2014 p. 438 ; L. JANICOT et J.-F. LAFAIX, « La nouvelle place du tiers dans le contentieux des contrats administratifs », *RDP* 214 p. 1175.

¹⁹⁵⁹ S. DOUTEAUD, « Face au contrat, le préfet reste-t-il un requérant « super privilégié » ? », *AJDA* 2012 p. 2154.

¹⁹⁶⁰ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

A/ L'identification des privilèges confiés au préfet

Mis en place par la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions¹⁹⁶¹, le déféré préfectoral a également connu le changement profond commun aux recours contractuels administratifs, par son transfert dans le plein contentieux¹⁹⁶². La jurisprudence *Tarn-et-Garonne*¹⁹⁶³ a cependant eu pour effet d'absorber le déféré préfectoral, tout en préservant la fonction de gardien de la légalité inhérente au préfet. Il est en effet chargé d'une mission constitutionnelle de contrôle de la légalité des actes de l'administration¹⁹⁶⁴. C'est ce qui explique qu'il figure au nombre des tiers privilégiés, dont l'accès au juge du contrat administratif n'est soumis à aucune contrainte. La décision du 4 avril 2014 précise en effet que le recours en contestation de la validité du contrat administratif est ouvert « au représentant de l'État dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité »¹⁹⁶⁵ sans exiger la démonstration d'un intérêt lésé¹⁹⁶⁶ et qu'il peut en outre « compte tenu des intérêts dont [il a] la charge, [...] invoquer tout moyen à l'appui du recours ainsi défini »¹⁹⁶⁷. À titre illustratif, la Cour administrative de Nantes a ainsi rappelé, à l'occasion de la contestation d'un marché de conception-réalisation pour la construction d'un centre aquatique, « que le préfet, lorsqu'il défère un marché au tribunal administratif, est recevable à soulever tout moyen, que les manquements ou vices invoqués aient ou non été susceptibles de léser un ou plusieurs candidats et de fausser la concurrence »¹⁹⁶⁸.

Au-delà de ces conditions d'ouverture du recours favorables, le préfet est parallèlement, toujours dans le cadre de son contrôle de légalité des actes des collectivités et autres

¹⁹⁶¹ Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions.

¹⁹⁶² CE Sect., 23 décembre 2011, *Ministre de l'Intérieur*, n° 348647, *Lebon* p. 662 ; concl. B. DACOSTA, *BJCP* 2012 p. 125 ; F. BRENET, *RJEP* 2012 comm. 25 ; A. CLAEYS, *DA* 2012 comm. 27 ; P. DELVOLVÉ, *RFDA* 2012 p. 683 ; R. NOGUELLOU, *RDI* 2012 p. 282 ; J.-P. PIÉTRI, *Contrats-Marchés publ.* 2012 comm. 56 ; M. QUYOLLET, *AJDA* 2012 p. 1064. Revenant sur la jurisprudence : CE Sect., 26 juillet 1991, *Commune de Sainte-Marie de La Réunion*, n° 117717, *Lebon* p. 302 ; concl. H. LEGAL, *RFDA* 1991 p. 966 ; C. MAUGÜÉ et R. SCHWARTZ, *AJDA* 1991 p. 693.

¹⁹⁶³ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁹⁶⁴ Art. 72 al. 6 C. « Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'État, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois ».

¹⁹⁶⁵ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁹⁶⁸ CAA Nantes, 7 décembre 2016, *Communauté de communes du Kreiz Breizh*, n° 14NT02302 ; H. HOEPFFNER, *Contrats-Marchés publ.* 2017 comm. 60.

établissements publics, « recevable à contester la légalité [de la légalité du choix du cocontractant, de la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de le signer] devant le juge de l'excès de pouvoir jusqu'à la conclusion du contrat, date à laquelle les recours déjà engagés et non encore jugés perdent leur objet »¹⁹⁶⁹. L'inégalité provoquée par le déféré préfectoral entre le représentant de l'État et les tiers dits ordinaires ne relève donc pas seulement des modalités d'accès au juge du contrat dans le cadre d'un recours de plein contentieux. Elle tient également à la faculté du préfet de déférer les actes détachables du contrat au juge de l'excès de pouvoir jusqu'à la signature du contrat administratif. En résumé, le représentant de l'État dans le département ou dans la région¹⁹⁷⁰ dispose d'une voie d'action dédoublée en matière contractuelle : avant la signature du contrat, un recours en excès de pouvoir à l'encontre des actes détachables ; après la conclusion du contrat, un recours de plein contentieux contre le contrat administratif, dont les conditions d'exercice sont facilitées¹⁹⁷¹.

Un autre avantage procédural bénéficie au préfet et creuse encore l'inégalité qui le sépare des autres requérants, y compris des élus locaux. Il est relatif à la demande de suspension qui peut également être assortie au déféré préfectoral. Cette faculté est octroyée au préfet sur le fondement des dispositions du code général des collectivités territoriales¹⁹⁷². Ainsi la suspension est accordée du seul fait que « l'un des moyens invoqués paraît, en l'état de l'instruction, propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'acte attaqué »¹⁹⁷³. La dispense de la condition d'urgence constitue un réel privilège quand on sait la difficulté qu'éprouvent les autres requérants à apporter la preuve de l'existence d'une situation urgente et surtout la rareté des cas dans lesquels le juge du référé accepte de la caractériser. Par ailleurs, la demande de suspension d'un marché ou d'une délégation de service public dans les dix jours suivant la réception de l'acte entraîne sa suspension jusqu'à ce que le juge

¹⁹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁹⁷⁰ Même si la jurisprudence Tarn-et-Garonne (CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.) ne mentionne pas expressément celui-ci, il contrôle la légalité des actes de l'administration au même titre que le préfet de département.

¹⁹⁷¹ H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, préc., pp. 942-943 ; M. DE MONSEMBERNARD, *Contentieux de la commande publique*, Dalloz, 2019, p. 94.

¹⁹⁷² Arts. L. 2131-6, L. 3132-1 et L. 4142-1 CGCT. V. également : art. L. 554-1 CJA.

¹⁹⁷³ *Ibid.*

statue, dans la limite d'un mois¹⁹⁷⁴. Ces particularités propres à la demande de suspension initiée par le préfet conduisent à la qualifier de manière singulière de *déféré-suspension*¹⁹⁷⁵, marquant sa distinction avec le référé-suspension de droit commun prévu par le code de justice administrative¹⁹⁷⁶. Le caractère automatique du déféré-suspension est cependant nuancé depuis la décision *Syndicat départemental des ordures ménagères de l'Aude* du 9 mai 2012¹⁹⁷⁷, dans laquelle le Conseil d'État a précisé que lorsque le juge est saisi d'une demande de suspension dans le cadre d'un déféré préfectoral, « il lui appartient également de prendre en considération la nature de l'illégalité commise pour se prononcer sur les conclusions à fin de suspension de l'exécution du contrat »¹⁹⁷⁸. En revanche, la demande de suspension assortie au recours en excès de pouvoir contre un acte détachable introduit par le préfet avant la signature du contrat devrait échapper à la jurisprudence *Syndicat départemental des ordures ménagères de l'Aude*¹⁹⁷⁹. Celle-ci se limite en effet aux conclusions à fin de suspension de l'exécution du contrat¹⁹⁸⁰, non pas de l'acte détachable¹⁹⁸¹.

Les avantages ainsi octroyés au représentant de l'État par rapport aux autres tiers au contrat administratif, y compris avant la décision *Tarn-et-Garonne*¹⁹⁸², ont pu conduire certains auteurs à le qualifier de requérant « super privilégié »¹⁹⁸³. Ce statut résulte cependant de dispositions législatives organisant la mise en œuvre du contrôle de légalité des actes des collectivités et des établissements publics, le cas échéant au moyen du déféré préfectoral¹⁹⁸⁴.

¹⁹⁷⁴ Arts. L. 2131-6, L. 3132-1 et L. 4142-1 CGCT. Si le juge des référés n'a cependant pas statué dans ce délai, l'acte redevient exécutoire. V. également : art. L. 554-2 CJA.

¹⁹⁷⁵ H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 1150.

¹⁹⁷⁶ Art. 521-1 CJA.

¹⁹⁷⁷ CE, 9 mai 2012, *Syndicat départemental des ordures ménagères de l'Aude*, n° 355665, *Lebon* p. 192 ; J. MARTIN, *AJDA* 2012 p. 1688 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2012 comm. 225 ; J.-M. PONTIER, *JCP A* 2012 p. 2291.

¹⁹⁷⁸ *Ibid.* Pour une application récente, v. : TA Bastia, Ord. 14 juin 2019, *Préfète de la Corse*, n° 1900631 ; H. HOEPFFNER, *Contrats-Marchés publ.* 2019 comm. 274.

¹⁹⁷⁹ CE, 9 mai 2012, *Syndicat départemental des ordures ménagères de l'Aude*, préc.

¹⁹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁹⁸¹ « La référence à « l'objet » de la requête circonscrit la migration aux seuls déférés contractuels, laissant inchangé le régime du déféré des actes détachables. » (S. DOUTEAUD, « Face au contrat, le préfet reste-t-il un requérant « super privilégié » ? », préc.). Le Conseil d'État pourrait cependant modifier ce régime, afin de tenir compte des conséquences de la suspension ou de l'annulation d'un acte détachable sur le contrat. À notre connaissance, aucune décision n'a été prise en ce sens.

¹⁹⁸² CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁹⁸³ S. DOUTEAUD, « Face au contrat, le préfet reste-t-il un requérant « super privilégié » ? », préc.

¹⁹⁸⁴ Arts. L. 2131-6, L. 3132-1 et L. 4142-1 CGCT. V. également : art. L. 554-1 CJA.

B/ Le fondement des privilèges octroyés au préfet

Les privilèges dont jouit le préfet au sein du contentieux contractuel administratif trouvent notamment leur origine dans la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions¹⁹⁸⁵, qui a instauré le déferé préfectoral. Plus précisément, le code général des collectivités territoriales prévoit l'obligation de transmettre au représentant de l'État dans le département un certain nombre d'actes pris notamment par les autorités communales¹⁹⁸⁶ et leurs établissements publics¹⁹⁸⁷, par les établissements publics de coopération intercommunale¹⁹⁸⁸, par les autorités départementales¹⁹⁸⁹ et leurs établissements publics¹⁹⁹⁰, par les établissements publics interdépartementaux¹⁹⁹¹ et enfin par les syndicats mixtes¹⁹⁹². D'autres dispositions soumettent par ailleurs les autorités régionales¹⁹⁹³ et les ententes interrégionales¹⁹⁹⁴ à une obligation de transmission de leurs actes au préfet de région. Les actes détachables du contrat administratif, plus précisément les délibérations des assemblées locales et les décisions prises par le maire ou le président du département ou de la région sur délégation du conseil¹⁹⁹⁵, comme « les conventions relatives aux emprunts, les marchés et les accords-cadres d'un montant au moins égal à un seuil défini par décret, les marchés de partenariat ainsi que les contrats de concession, dont les délégations de service public, et les concessions d'aménagement »¹⁹⁹⁶ font donc systématiquement l'objet d'un contrôle en vertu de la loi et peuvent alors être déferés devant le juge administratif par l'autorité préfectorale. Les actes n'étant pas soumis à l'obligation de transmission au préfet ne sont cependant pas soustraits au contrôle de légalité et peuvent tout autant faire l'objet d'un déferé préfectoral¹⁹⁹⁷.

¹⁹⁸⁵ Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions.

¹⁹⁸⁶ Art. L. 2131-2 CGCT.

¹⁹⁸⁷ Art. L. 2131-12 CGCT.

¹⁹⁸⁸ Art. L. 5211-3 CGCT.

¹⁹⁸⁹ Art. L. 3131-2 CGCT.

¹⁹⁹⁰ Art. L. 3241-1 CGCT.

¹⁹⁹¹ Art. L. 5421-2 CGCT.

¹⁹⁹² Art. L. 5721-4 CGCT.

¹⁹⁹³ Art. L. 4142-2 CGCT.

¹⁹⁹⁴ Art. L. 5621-5 CGCT.

¹⁹⁹⁵ Arts. L. 2131-2, L. 3131-2 et L. 4142-2 CGCT.

¹⁹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁹⁷ Arts. L. 2131-3, L. 3131-4 et L. 4141-4 CGCT.

L'accès privilégié du préfet au juge du contrat administratif trouve ainsi son origine dans un ensemble de dispositions législatives, auxquelles le Conseil d'État ne pouvait faire obstacle. L'ouverture du déféré préfectoral contre les actes détachables jusqu'à la conclusion du contrat administratif se justifie pour la même raison¹⁹⁹⁸. De manière plus générale surtout, le contrôle de légalité repose sur un fondement constitutionnel, ce qui implique que le représentant de l'État dispose de toute la marge d'action nécessaire à sa mise en œuvre. L'article 72 alinéa 6 de la Constitution affirme en effet que « [dans] les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'État, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois ». Ce rôle de gardien de la légalité de l'action administrative tire quant à lui son origine dans le principe de libre administration des collectivités territoriales¹⁹⁹⁹. « La Constitution établit ainsi un lien consubstantiel entre ces deux principes constitutionnels. On en déduit en conséquence, que la libre administration des collectivités territoriales ne peut se définir et s'exercer qu'à l'aune des prérogatives de l'État en matière de contrôle administratif. En ce sens, le contrôle de légalité est le moyen dont s'empare le préfet pour garantir le respect des intérêts nationaux et le respect des lois »²⁰⁰⁰. Plus précisément, « [en] exerçant ce contrôle, le préfet s'institue comme l'intermédiaire entre l'État et les collectivités territoriales, et a pour rôle de garantir une application homogène des règles de droit sur le territoire. Il a alors ce devoir d'assurer une décentralisation respectueuse de l'unité de l'État français »²⁰⁰¹.

L'importance de la mission ainsi confiée au représentant de l'État et la fonction qu'il occupe par conséquent le placent nécessaire dans une situation différente des autres tiers, justifiant son statut contentieux privilégié. Le Conseil d'État a ainsi eu l'occasion, pour

¹⁹⁹⁸ « Le juge n'a pas pu remettre en cause les pouvoirs que le préfet détient de la loi, notamment quant aux actes susceptibles d'être déférés. » (H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 1149).

¹⁹⁹⁹ Art. 72 al. 3 : « Dans les conditions prévues par la loi, [les] collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences ».

²⁰⁰⁰ S. ADNOT, « Les observations dans le cadre du contrôle de légalité » in *L'intervention des tiers dans les contrats administratifs*, dir. V. BOUHIER, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2020, p. 25.

²⁰⁰¹ J. NOËL, « Que reste-il du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales ? » in *Les nouveaux équilibres de l'action publique locale – Retour sur 10 ans de réforme territoriale*, dir. J.-B. AUBY et O. RENAUDIE, Berger-Levrault, 2019, p. 213.

justifier la constitutionnalité du régime dérogatoire du déferé-suspension²⁰⁰², d'affirmer « que, pour l'exercice de [la] mission [du contrôle administratif et du respect des lois], le représentant de l'État dans le département ne se trouve pas placé dans la même situation que les autres requérants qui demandent la suspension de l'exécution des actes des autorités communales ; [...] que la différence de traitement résultant des dispositions des troisième et quatrième alinéas de l'article L. 2131-6 du code général des collectivités territoriales, qui répond à un but d'intérêt général et est en rapport direct avec l'objet de ces dispositions, ne méconnaît pas le principe d'égalité devant la loi et devant la justice »²⁰⁰³. Le raisonnement est d'ailleurs parfaitement transposable à la différence de traitement établie dans le cadre du recours en contestation de la validité du contrat. C'est donc le rôle particulier confié au préfet qui légitime la place singulière occupée au sein du contentieux contractuel administratif. Reste que certains éléments tendent à estomper la frontière séparant le préfet des autres tiers au contrat.

§2. LA RELATIVISATION DU STATUT PRIVILÉGIÉ DU PRÉFET

Bien que le statut privilégié accordé au préfet le place comme un requérant juridiquement supérieur aux autres tiers, en raison des intérêts dont il a la charge, un certain nombre de facteurs tendant à relativiser le bénéfice des avantages contentieux dont il jouit. D'une part en effet, il ne tire que très rarement profit d'un accès favorable au prétoire du juge du contrat, dans la mesure où les actes déferés sont, dans les faits, peu nombreux (**A**). D'autre part, s'il profite d'une ouverture inconditionnelle du recours en contestation de la validité du contrat administratif, il n'en demeure pas moins soumis, à l'instar de tout requérant, à un office du juge agencé avant tout pour préserver la stabilité des relations contractuelles, autrement dit pour maintenir l'acte déferé (**B**). L'inégalité instaurée entre le préfet et les tiers dits ordinaires est donc moins avérée qu'elle n'y paraît.

²⁰⁰² Étaient en cause, dans le cadre d'une demande de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité, la dispense de la condition d'urgence et le caractère automatique de la suspension en matière de marchés et de délégation de service public : art. L. 2131-6 CGCT.

²⁰⁰³ CE 20 juin 2011, *Commune Roquebrune-sur-Argens*, n° 348878 ; F. LLORENS, *Contrats-Marchés publ.* 2011 comm. 271.

A/ Un déferé sous-exploité

Le représentant de l'État dispose d'un certain nombre de privilèges favorables à l'exercice de son contrôle de légalité, dont ne bénéficient pas les autres tiers : l'accès au juge de l'excès de pouvoir jusqu'à la signature du contrat²⁰⁰⁴, la présomption d'un intérêt à agir et la faculté d'invoquer tout moyen dans le cadre du recours en contestation de la validité du contrat²⁰⁰⁵, ainsi que la dispense de la condition relative à l'urgence en cas de demande de suspension de l'acte litigieux²⁰⁰⁶, voire l'automatisme de la suspension en certains cas²⁰⁰⁷. Pour autant, il convient de tempérer l'importance de l'inégalité qui sépare le préfet des autres requérants potentiels.

Les avantages octroyés au représentant de l'État au sein du contentieux contractuel administratif sont, dans les faits, plutôt sous-exploités. La raison est connue de longue date : le contrôle de légalité semble avoir toujours été d'une efficacité et d'une portée limitées²⁰⁰⁸. Le nombre d'actes transmis aux préfetures reste considérable, en dépit des efforts déployés afin de les réduire²⁰⁰⁹. Parallèlement en effet, les effectifs des préfetures et sous-préfetures consacrés au contrôle de légalité ont sensiblement diminué²⁰¹⁰. Le ratio entre le volume d'actes transmis et les moyens déployés pour les soumettre à un contrôle de légalité fait ainsi état de la difficulté à vérifier la conformité de l'ensemble des actes administratifs²⁰¹¹.

²⁰⁰⁴ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

²⁰⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁰⁶ Arts. L. 2131-6, L. 3132-1 et L. 4142-1 CGCT.

²⁰⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁰⁸ V. notamment en ce sens : L. GARRIDO, « La réforme du contrôle de légalité tendant à son allègement est-elle pertinente ? » in *La performance des contrôles de l'État sur les collectivités locales*, dir. A. HASTINGS-MARCHANDIER, LGDJ, 2011, p. 119 ; J. MÉZARD, *Prendre acte de la décentralisation : pour une rénovation indispensable des contrôles de l'État sur les collectivités territoriales*, Rapport d'information du Sénat, n° 300, déposé le 25 janvier 2012.

²⁰⁰⁹ « En 2004, les préfetures recevaient 8 300 000 actes. En 2018, sous l'effet des évolutions des obligations de transmissions, ce volume est passé à 5 508 175. » (S. ADNOT, « Les observations dans le cadre du contrôle de légalité », préc.). V. également : J. NOËL, « Que reste-t-il du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales ? », préc.

²⁰¹⁰ Le rapport de la Cour des comptes rendu en 2016 révèle qu'entre 2009 et 2014, dans l'ensemble des départements de métropole, ces effectifs ont diminué de près de 30 % (Rapport public de la Cour des comptes, *Le contrôle de légalité et le contrôle budgétaire : une place à trouver dans la nouvelle organisation de l'État*, 2016). De même, le rapport triennal du Gouvernement au Parlement précise que les effectifs affectés au contrôle de légalité sont passés de 1173 en 2009 à 866 en 2015 (Rapport du Gouvernement au Parlement sur le contrôle a posteriori exercé par le représentant de l'État sur les actes des collectivités territoriales, Années 2013-2014-2015).

²⁰¹¹ En moyenne, le taux de contrôle s'élève aux alentours de 90% : J. NOËL, « Que reste-t-il du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales ? », préc. Les chiffres varient selon les départements.

Plusieurs circulaires ministérielles ont donc également été diffusées dans les services préfectoraux afin de définir les actes administratifs soumis prioritairement au contrôle de légalité, selon le domaine dans lequel ils ont été édictés²⁰¹². Depuis la circulaire du 17 janvier 2006 relative à la modernisation du contrôle de légalité²⁰¹³, complétée par la circulaire du 25 janvier 2012 relative à la définition nationale des actes prioritaires en matière de contrôle de légalité²⁰¹⁴, les actes relevant de la commande publique, qui représentaient 11% de l'ensemble des actes transmis en 2018²⁰¹⁵, font l'objet d'un contrôle prioritaire. Bien qu'ils figurent en tête des actes les plus contrôlés, leur taux de contrôle n'est pas de 100%²⁰¹⁶. À ce phénomène, s'ajoute celui de la part très faible des actes (toutes catégories confondues) faisant l'objet d'un déferé préfectoral. Dans son rapport de 2016, la Cour des comptes soulignait : « force est de constater que les suites données au contrôle de légalité sont, quant à elle, particulièrement limitées : entre 2011 et 2014, 2,9% en moyenne des actes contrôlés (soit 0,7% des actes reçus) ont donné lieu à une lettre d'observation valant recours gracieux et 0,1% des actes contrôlés ont donné lieu à un déferé préfectoral au juge administratif²⁰¹⁷. Ces quelques chiffres démontrent finalement que le préfet ne jouit que très rarement de son statut de tiers privilégié dans le cadre du contentieux contractuel administratif, dans la mesure où les actes soumis au contrôle de légalité, y compris dans le domaine de la commande publique, font très rarement l'objet d'un déferé.

Au-delà de ces considérations matérielles, la très faible mobilisation du déferé préfectoral s'explique également par l'évolution de la mise en œuvre du contrôle de légalité. Ainsi que le soulignent les Professeurs Laurent Richer et François Lichère « [en] matière de contrats, et malgré une certaine croissance au cours des années récentes, les déferés restent relativement peu nombreux, en partie parce que les préfetures manquent de moyens pour

²⁰¹² *Ibid.*

²⁰¹³ Circulaire du 17 janvier 2006 – Ministère de l'Intérieur – *Modernisation du contrôle de légalité*, NOR : MCT/B/06/00004/C.

²⁰¹⁴ Circulaire du 25 janvier 2012 – Ministère de l'Intérieur – *Définition nationale des actes prioritaires en matière de contrôle de légalité*, NOR : IOCB1202426C.

²⁰¹⁵ S. ADNOT, « Les observations dans le cadre du contrôle de légalité », préc.

²⁰¹⁶ D'après le dernier rapport triennal du Gouvernement au Parlement, sur 176292 actes relatifs à la commande publique transmis en 2015, 161575 ont fait l'objet d'un contrôle de légalité : Rapport du Gouvernement au Parlement sur le contrôle a posteriori exercé par le représentant de l'État sur les actes des collectivités territoriales, Années 2013-2014-2015.

²⁰¹⁷ Rapport public de la Cour des comptes, *Le contrôle de légalité et le contrôle budgétaire : une place à trouver dans la nouvelle organisation de l'État*, 2016.

procéder à un contrôle suffisant, en partie parce qu'un certain nombre de problèmes se règlent en amont, à la suite de lettres d'observations des services de contrôle de la légalité qui, au surplus peuvent intervenir lors de l'élaboration du contrat dans un rôle de conseil »²⁰¹⁸. Le dialogue entre le préfet et les collectivités territoriales étant privilégié²⁰¹⁹, le déféré préfectoral constitue en réalité un ultime recours en présence d'actes irréguliers. La mise en œuvre du contrôle de légalité ne se résume pas à l'exercice de recours juridictionnel, mais s'étend à un devoir d'information et de conseil auprès des collectivités et de leurs établissements publics²⁰²⁰. Ainsi par exemple, les services préfectoraux édictent des circulaires dont l'objet est de signaler aux collectivités les changements de seuil en matière de commande publique²⁰²¹. Le contrôle de légalité préventif est encore renforcé depuis quelques années par sa numérisation²⁰²², au moyen du programme de télétransmission des actes administratifs baptisé @CTES²⁰²³. Il favorise ainsi un véritable dialogue entre le représentant de l'État et les collectivités et offre à celles-ci une expertise juridique²⁰²⁴.

Enfin, un dernier facteur explique la très faible mise en œuvre du déféré préfectoral. Tous les actes pris en matière de contrat administratif ne sont pas soumis à l'obligation de transmission. Le code général des collectivités territoriales dispose en effet que les marchés et accords-cadres dont le seuil est inférieur à celui défini par décret échappent au contrôle obligatoire de légalité²⁰²⁵. Il en va ainsi en particulier de l'ensemble des marchés et accords-cadres d'un montant inférieur à 215.000€ HT²⁰²⁶. Certes, le préfet peut toujours demander leur communication à tout moment²⁰²⁷, ce qui signifie que les actes qui ne sont pas visés par le code général des collectivités territoriales n'échappent pas à tout contrôle. Pour autant, il paraît peu probable que le pouvoir d'évocation du préfet soit souvent utilisé, dès que les services préfectoraux sont déjà largement encombrés par le nombre d'actes à

²⁰¹⁸ L. RICHER et F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, 12^e éd., LGDJ, 2021, n° 452.

²⁰¹⁹ J.-C. HÉNIN, « Le contrôle de légalité n'est pas soluble dans le seul déféré préfectoral », in *La performance des contrôles de l'État sur les collectivités locales*, dir. A. MARCHANDIER, LGDJ, 2011, p. 150.

²⁰²⁰ J. NOËL, « Que reste-t-il du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales ? », préc.

²⁰²¹ *Ibid.* Mentionnant la circulaire du préfet de la Haute-Vienne du 14 mai 2018 (Synthèse des observations formulées en 2017 au titre du contrôle de légalité) ainsi que la circulaire du préfet de la Côte-d'Or du 19 juin 2018 (Synthèse des observations formulées en 2017 au titre du contrôle de légalité).

²⁰²² J. NOËL, « Que reste-t-il du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales ? », préc.

²⁰²³ Aide au Contrôle de légalité dématérialisée.

²⁰²⁴ J. NOËL, « Que reste-t-il du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales ? », préc.

²⁰²⁵ Arts. L. 2131-2, L. 3131-2 et L. 4142-2 CGCT.

²⁰²⁶ Art. D. 2131-5-1 CGCT.

²⁰²⁷ Arts. L. 2131-3, L. 3131-4 et L. 4141-4 CGCT.

vérifier. Au demeurant, les dernières politiques préfectorales mises en œuvre incitent au contraire les collectivités locales à ne transmettre que les actes obligatoires²⁰²⁸. La relativisation de l'inégalité instituée entre le représentant de l'État et les autres tiers n'est toutefois pas seulement liée à l'inexploitation du déféré préfectoral. Elle trouve également son origine dans l'évolution jurisprudentielle du contentieux contractuel administratif.

B/ Un déféré soumis à un régime contentieux harmonisé

Comme l'avaient pressenti certains auteurs²⁰²⁹, le déféré préfectoral n'a pas échappé aux bouleversements successifs du contentieux des contrats administratifs de cette dernière décennie. Depuis la décision *Ministre de l'Intérieur* de 2011²⁰³⁰, le déféré préfectoral dirigé contre un contrat administratif relève, « eu égard à son objet », du contentieux de pleine juridiction. Dans ce cadre, le juge du contrat dispose ainsi d'une palette de pouvoirs complète permettant de tirer les conséquences appropriées à la nature de l'illégalité entachant le contrat administratif. À l'origine, le Conseil d'État avait repris presque mot pour mot le considérant de principe de la jurisprudence *Tropic Travaux*²⁰³¹ de 2007. Dans cette lignée, la décision *Ministre de l'Intérieur*²⁰³² avait notamment placé la résiliation du contrat comme la première solution envisageable en présence d'une illégalité et octroyait au juge le pouvoir de modifier certaines clauses du contrat²⁰³³. En outre, elle exigeait la prise en compte des droits de cocontractants avant de décider de l'annulation totale ou partielle du contrat, le cas échéant avec effet différé²⁰³⁴. L'office du juge du contrat, qu'il soit saisi

²⁰²⁸ J. NOËL, « Que reste-t-il du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales ? », préc.

²⁰²⁹ F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Quel sort l'évolution du contentieux contractuel peut-elle réserver au déféré préfectoral ? », *Contrats-marchés publ.* 2012 repère 1.

²⁰³⁰ CE Sect., 23 décembre 2011, *Ministre de l'Intérieur*, préc.

²⁰³¹ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, *Lebon* p. 360 ; concl. D. CASAS, préc. ; P. CASSIA, *AJDA* 2007 p. 1964 ; P. COSSALTER, *DA* 2007 comm. 242 ; P. DELVOLVÉ, *RJEP* 2007 p. 327 ; F. LENICA et J. BOUCHER, *AJDA* 2007 p. 1577 ; F. MELLERAY, *RDP* 2007 p. 1383 ; F. MODERNE, *RFDA* 2007 p. 923 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, *CMP* 2007 repère 8 et 2008 repère 5 ; J.-P. PIETRI, *CMP* 2008 comm. 254 ; D. POUYAUD et M. CANEDO, *RFDA* 2007 p. 935 ; B. SEILLER, *JCP A* 2007 n° 38 p. 2227 ; M. TOUZEIL-DIVINA, *RGCT* 2008 n° 4 p. 16 ; M. UBAUD-BERGERON, *JCP* 2007 II p. 1016.

²⁰³² CE Sect., 23 décembre 2011, *Ministre de l'Intérieur*, préc.

²⁰³³ « [II] appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences ; [il] lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, [...] de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses [...] » (CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc. ; CE Sect., 23 décembre 2011, *Ministre de l'Intérieur*, préc.).

²⁰³⁴ « [II] appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences ; [il] lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité

par les concurrents évincés ou le représentant de l'État, s'agençait de façon parfaitement identique. À ceci près cependant que, pour des raisons évidentes, il ne disposait pas d'un pouvoir d'indemnisation en réparation de droits lésés lorsqu'il devait se prononcer sur la validité du contrat à la suite d'un déféré préfectoral. Le contrôle de légalité exercé par le préfet s'inscrit effectivement dans une dimension objective. En tant que corollaire du principe de libre administration des collectivités territoriales, il permet de garantir une application homogène de la loi sur le territoire national et donc l'unité de l'État²⁰³⁵. Même lorsqu'il aboutit à un recours de plein contentieux, il ne poursuit pas la défense de droits subjectifs lésés.

La similitude entre le recours des concurrents évincés et le déféré préfectoral à l'encontre du contrat administratif aurait pu être de courte durée, puisque la décision *Syndicat départemental des ordures ménagères de l'Aude*²⁰³⁶, rendue quelques mois après la jurisprudence *Ministère de l'Intérieur*²⁰³⁷, semblait avoir été l'occasion de procéder à un léger remaniement de l'office du juge du contrat saisi par le représentant de l'État. L'énumération des pouvoirs du juge avait cette fois été inscrite dans une logique de gradation de leur impact sur le contrat administratif, en présentant la poursuite de son exécution comme la première solution envisageable²⁰³⁸. Le Conseil d'État avait parallèlement supprimé de l'office du juge le pouvoir de modification du contrat²⁰³⁹, ainsi que la condition relative à l'absence d'atteinte excessive aux droits des cocontractants pour prononcer la résiliation voire l'annulation du contrat²⁰⁴⁰. On pouvait également souligner à ce moment la disparition du

éventuellement commise, [...] 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 » (*Ibid.*).

²⁰³⁵ S. ADNOT, « Les observations dans le cadre du contrôle de légalité » in *L'intervention des tiers dans les contrats administratifs*, préc. ; J. NOËL, « Que reste-il du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales ? », préc.

²⁰³⁶ CE, 9 mai 2012, *Syndicat départemental des ordures ménagères de l'Aude*, préc.

²⁰³⁷ CE Sect., 23 décembre 2011, *Ministre de l'Intérieur*, préc.

²⁰³⁸ « [I] appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, [...] en décidant que la poursuite de l'exécution du contrat est possible [...] » (CE, 9 mai 2012, *Syndicat départemental des ordures ménagères de l'Aude*, préc.).

²⁰³⁹ CE, 9 mai 2012, *Syndicat départemental des ordures ménagères de l'Aude*, préc.

²⁰⁴⁰ « [I] appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, [...] en prononçant, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat ou son annulation » (*Ibid.*).

caractère éventuellement partiel de la résiliation ou de la résolution du contrat²⁰⁴¹. Mais dans la mesure où la jurisprudence *Syndicat départemental des ordures ménagères de l'Aude*²⁰⁴² a surtout contribué à préciser les conditions dans lesquelles la suspension de l'exécution du contrat peut être accordée sur demande du préfet²⁰⁴³, elle semble ne pas avoir été retenue comme réformatrice de l'office du juge du contrat saisi par le représentant de l'État. Certaines décisions rendues par la suite reprenaient ainsi le considérant de principe de la jurisprudence *Ministère de l'Intérieur*²⁰⁴⁴ pour rappeler les pouvoirs dont disposait le juge de plein contentieux lorsque lui était déféré un contrat administratif²⁰⁴⁵.

Quoiqu'il en soit, depuis son transfert dans le plein contentieux²⁰⁴⁶, le déféré préfectoral peut déboucher sur des solutions alternatives à la nullité du contrat et adaptées aux conséquences et à la nature de l'illégalité commise : maintien de l'exécution du contrat, régularisation éventuelle, résiliation ou annulation partielles, le cas échéant avec effet différé, voire modification. Peu importe la définition exacte des contours de l'office du juge du contrat, il faut en conclure que le statut de requérant privilégié du préfet est depuis remis en cause²⁰⁴⁷. L'inégalité séparant le représentant de l'État des autres tiers au contrat administratif s'est réduite avec le temps, à mesure que le contentieux contractuel s'est harmonisé. Au lendemain de la décision *Ministère de l'Intérieur*²⁰⁴⁸, le préfet jouissait encore d'un avantage certain sur les tiers autres que les candidats évincés, à savoir la disposition d'une voie de recours directe contre le contrat administratif. Mais s'il profitait par ailleurs de privilèges²⁰⁴⁹ que ne connaissaient pas les concurrents évincés en dépit de leur accès au juge de plein contentieux²⁰⁵⁰, le contrat administratif déféré était désormais soumis au même

²⁰⁴¹ *Ibid.*

²⁰⁴² *Ibid.*

²⁰⁴³ « [Il] appartient également [au juge] de prendre en considération la nature de l'illégalité commise pour se prononcer sur les conclusions à fin de suspension de l'exécution du contrat sur le fondement de l'article L. 2131-6 du code général des collectivités territoriales » (*Ibid.*).

²⁰⁴⁴ CE Sect., 23 décembre 2011, *Ministre de l'Intérieur*, préc.

²⁰⁴⁵ V. par exemple : CE, 4 juillet 2012, *Communauté d'agglomération de Chartres Métropole (CACM) et Société Veolia Eau – Compagnie générale des eaux*, n° 352417 ; *AJDA* 2012 p. 1376 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2012 act. 486.

²⁰⁴⁶ CE Sect., 23 décembre 2011, *Ministre de l'Intérieur*, préc.

²⁰⁴⁷ S. DOUTEAUD, « Face au contrat, le préfet reste-t-il un requérant « super privilégié ? », préc.

²⁰⁴⁸ CE Sect., 23 décembre 2011, *Ministre de l'Intérieur*, préc.

²⁰⁴⁹ Stéphanie Douteaud identifie ces avantages au stade de la recevabilité de l'action du préfet, de la saisine du juge de la suspension et dans le choix de l'action reconnue : S. DOUTEAUD, « Face au contrat, le préfet reste-t-il un requérant « super privilégié ? », préc.

²⁰⁵⁰ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

régime que celui contesté par un concurrent évincé de sa conclusion. Plus précisément, la nullité ne sanctionnait plus systématiquement l'illégalité du contrat administratif dès lors que le préfet le déférait au juge²⁰⁵¹.

Aujourd'hui, la relativisation du statut privilégié du représentant de l'État est d'autant plus marquée que l'ensemble des tiers bénéficient d'une voie de recours en contestation de la validité du contrat devant le juge de pleine juridiction²⁰⁵². La jurisprudence *Tarn-et-Garonne*²⁰⁵³ n'a fait que confirmer la nature de l'office du juge saisi par le préfet d'une contestation de la validité du contrat. Le représentant de l'État dispose toujours d'un accès facilité au prétoire du juge du contrat, en raison de la présomption irréfragable de son intérêt à agir et de la faculté d'invoquer tout moyen afin de contester le contrat administratif²⁰⁵⁴. Mais rien ne lui garantit qu'il puisse obtenir l'annulation de l'acte contesté. Ses chances de succès ne sont pas supérieures à celle d'un autre tiers. Même saisi à la suite d'un déféré préfectoral, le juge de plein contentieux, dont l'office est immuable, cherchera toujours à préserver la stabilité des relations contractuelles. Les récents cas d'application de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*²⁰⁵⁵ abondent en ce sens.

La décision *Société Plastic omnium systèmes urbains*²⁰⁵⁶ rendue par le Conseil d'État le 28 juin 2019 est sur ce point particulièrement topique. En l'espèce, le préfet des Alpes-Maritimes avait déféré un marché de fourniture et de services à bons de commande portant sur la fourniture, la maintenance et le lavage des moyens de pré-collecte des déchets ménagers, passé par la communauté d'agglomération de la Riviera française. Parmi les nombreux moyens invoqués²⁰⁵⁷, l'un concernait la méthode de notation utilisée par l'administration. Celle-ci avait en effet utilisé une méthode de notation des offres différentes de celle prévue dans le règlement de consultation du marché, entraînant alors une inversion des résultats

²⁰⁵¹ V. par exemple, à propos d'une invitation de l'autorité compétente à procéder à la régularisation du contrat par une nouvelle délibération : CE, 4 juillet 2012, *Communauté d'agglomération de Chartres Métropole (CACM)*, préc.

²⁰⁵² CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

²⁰⁵³ *Ibid.*

²⁰⁵⁴ *Ibid.*

²⁰⁵⁵ *Ibid.*

²⁰⁵⁶ CE, 28 juin 2019, *Préfet des Alpes-Maritimes c/ Société Plastic omnium systèmes urbains*, n° 420776 ; J. DIETENHOEFFER, *Contrats-Marchés publ.* 2019 comm. 327 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2019 act. 469 ; S. HUL, *JCP A* 2019 p. 2261 ; F. LINDITCH, *JCP A* 2019 p. 2336.

²⁰⁵⁷ CAA Marseille, 19 mars 2018, *Préfet des Alpes Maritimes*, n° 16MA02355.

de l'analyse des offres et l'attribution du marché au candidat qui aurait dû être classé deuxième²⁰⁵⁸. Selon la Cour administrative d'appel de Marseille, ce vice avait affecté les conditions dans lesquelles la personne publique avait donné son consentement et devait ainsi entraîner l'annulation du contrat²⁰⁵⁹. Le Conseil d'État en a décidé autrement, estimant que « la circonstance que [l'acheteur] avait mis en œuvre une méthode de notation différente de celle qui avait été annoncée dans les documents de la consultation, ce qui avait eu une incidence sur le classement des offres, [ne pouvait] être regardée comme caractérisant un vice de consentement »²⁰⁶⁰ justifiant ainsi l'annulation du contrat. C'est donc à l'occasion de sa saisine par le représentant de l'État que le juge administratif suprême a refusé de confirmer l'annulation d'un contrat pourtant entaché de « l'une des [illégalités] les plus graves de la commande publique »²⁰⁶¹. Que le Conseil d'État décide d'appauvrir le contenu de la notion de vice d'ordre public, la circonstance que le juge du contrat ait été saisi par le préfet n'y fera pas obstacle.

Le rapprochement de la place du préfet dans le contentieux de la validité du contrat avec celle des autres tiers est le résultat d'un double phénomène. En premier lieu, le transfert du déféré préfectoral dans le plein contentieux. L'enrichissement des méthodes de traitement des irrégularités du contrat administratif a entraîné une raréfaction des cas d'annulation à l'occasion de la saisine du juge par le représentant de l'État. Pour autant, cette situation n'est pas tellement préjudiciable au préfet, dont la mission n'est pas tant de provoquer la disparition du contrat que d'assurer le respect des lois, le cas échéant par un contrôle juridictionnel de la validité de l'acte. En second lieu, l'ouverture d'un recours direct contre le contrat administratif à l'ensemble des tiers, lesquels bénéficient de la même voie d'action que le préfet, nonobstant les conditions d'accès au prétoire du juge. De ce point de vue,

²⁰⁵⁸ « [Le] respect de la méthode de notation initiale aurait conduit à l'attribution d'une note totale de 88 points à la société Contenur et à la note de 87,38 points à la société Plastic omnium, inversant ainsi les résultats de l'analyse des offres, qui devait conduire à l'attribution du marché à la société Contenur » (*Ibid*).

²⁰⁵⁹ « [Ce] vice affectant directement la personne même de l'attributaire du contrat et ayant conduit à favoriser le précédent attributaire à qui le marché a ainsi été réalloué, il a, par suite affecté les conditions dans lesquelles la personne publique a exprimé son consentement ; que le marché en cause ayant été exécuté dans son intégralité, son annulation n'est pas de nature à affecter l'intérêt général, qu'il y a pas lieu pour le même motif, de différer l'effet de cette annulation ; qu'il y a lieu par suite, en l'absence d'atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, de prononcer l'annulation du marché relatif au lot n° 3 » (*Ibid*).

²⁰⁶⁰ CE, 28 juin 2019, *Préfet des Alpes-Maritimes c/ Société Plastic omnium systèmes urbains*, préc.

²⁰⁶¹ F. LINDITCH, « Tarn-et-Garonne, trou noir du droit administratif ? À propos d'une application récente du contentieux de la légalité administrative des contrats », *JCP A* 2019 p. 2336.

seuls les élus locaux sont placés dans une situation de parfaite égalité avec le représentant de l'État, puisqu'ils bénéficient également d'une présomption d'intérêt à agir et de la faculté d'invoquer tout moyen à l'encontre du contrat administratif²⁰⁶². Une ouverture plus importante du recours « Tarn-et-Garonne » aux tiers dits ordinaires semblerait définitivement effacer la frontière qui les sépare du préfet et *a fortiori* des élus locaux. Mais une nouvelle forme d'inégalité pourrait alors émerger, cette fois au détriment du représentant de l'État. Les carences dans l'exercice du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales sont en effet susceptibles d'engager la responsabilité de l'État lorsqu'elles sont constitutives d'une faute lourde²⁰⁶³. Tel est le cas si le préfet d'abstient de façon prolongée et anormale de déférer des actes manifestement illégaux²⁰⁶⁴. C'est cette responsabilité pesant sur le préfet qui relativise son statut de tiers privilégié, dont elle est la contrepartie. Alors que le préfet a la charge du contrôle administratif et du respect des lois²⁰⁶⁵ afin de garantir l'unité de l'État²⁰⁶⁶, les autres tiers sont libres de défendre les intérêts publics ou les intérêts collectifs qu'ils partagent avec d'autres. Aussi, un accès plus large des tiers au juge du contrat administratif ne doit pas conduire à les placer sur un pied d'égalité avec le représentant de l'État, en leur accordant les mêmes avantages contentieux (présomption d'intérêt à agir et/ou invocabilité de tout moyen). En réalité, l'inégalité apparente entre le préfet et les autres tiers sera toujours relative, indépendamment des modifications apportées au recours « Tarn-et-Garonne », parce qu'ils ne trouveront jamais dans une situation identique.

²⁰⁶² « [Cette] action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'État dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité ; [...] le représentant de l'État dans le département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, peuvent invoquer tout moyen à l'appui du recours ainsi défini » (CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.).

²⁰⁶³ CE, 6 octobre 2000, *Ministre de l'Intérieur c/ Commune de Saint-Florent*, n° 205959, *Lebon* p. 395 ; D. DE BÉCHILLON, *Dalloz* 2002 p. 526 ; P. BON, *RFDA* 2001 p. 152 ; M. CLIQUENOIS, *AJDA* 2001 p. 201 ; M.-C. ROUAULT, *JCP G* 2001. II. 10516.

²⁰⁶⁴ *Ibid.*

²⁰⁶⁵ Art. 72 al. 6 C.

²⁰⁶⁶ S. ADNOT, « Les observations dans le cadre du contrôle de légalité », préc. ; J. NOËL, « Que reste-t-il du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales ? », préc.

SECTION 2. LE RECOURS DES TIERS CONTRE LE CONTRAT ET LES RÉFÉRÉS OUVERTS AUX CONCURRENTS ÉVINCÉS

L'analyse globale du contentieux contractuel révèle un avantage de taille octroyé aux opérateurs économiques. Au-delà d'un recours indemnitaire dont ils sont dans les faits les seuls bénéficiaires²⁰⁶⁷, les concurrents évincés disposent d'une double voie de recours qui leur est exclusivement réservée²⁰⁶⁸ : celle du référé précontractuel et contractuel. Ces procédures d'urgence leur permettent en effet de faire valoir leurs droits en tant que participants à la passation des contrats et, plus largement, en tant qu'acteurs de la vie économique. Du respect des procédures de publicité et de concurrence, dépend en effet la transparence des activités économiques des pouvoirs publics²⁰⁶⁹.

La création des référés précontractuels et contractuels a ainsi contribué à ériger au rang de tiers particuliers les concurrents évincés (§1). Leur pratique en revanche soulève d'importantes difficultés pour les requérants. Si bien que l'institution des voies de recours en référé s'apparente davantage à un cadeau empoisonné, au point de remettre en cause la place singulière qu'ils semblent alors occuper au sein du contentieux des tiers au contrat administratif (§2).

§1. L'INSTITUTIONNALISATION D'UNE PLACE SINGULIÈRE ACCORDÉE AUX CONCURRENTS ÉVINCÉS

D'aucuns pourraient avoir la faiblesse de penser que la place particulière accordée aux concurrents évincés au sein du contentieux contractuel administratif trouve son origine dans la reconnaissance de leur intérêt à obtenir le contrat. Les candidats à son attribution ont effectivement vocation à devenir partie au contrat. L'institution des voies de recours en référé poursuit cependant une finalité transcendant les seuls intérêts particuliers des

²⁰⁶⁷ E. LANZARONE et C. RUDLOFF, « L'action indemnitaire des tiers », *Contrats-Marchés publ.* 2016 dossier 11.

²⁰⁶⁸ Le représentant de l'État dispose également de ces voies de recours, au nom du respect du principe de légalité dont il est responsable : arts. L. 551-10 et L. 551-14 CJA.

²⁰⁶⁹ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

opérateurs économiques. Elle résulte d'exigences européennes, qui confèrent ainsi aux concurrents évincés une place inaltérable au sein du contentieux contractuel (A). Au-delà de son caractère indéfectible, l'avantage octroyé aux opérateurs économiques s'accroît matériellement grâce à la volonté du législateur et du juge (B).

A/ Des exigences européennes respectées

L'immutabilité des référés à disposition des candidats évincés trouve son fondement dans le droit de l'Union européenne, qui appréhende les opérateurs économiques autrement que comme des tiers ordinaires au contrat administratif. L'importance accordée à ces derniers par le droit de l'Union peut être saisie à la lumière des propos du Professeur Stéphane de La Rosa, précisant ainsi que « [la] réglementation européenne en matière de marchés publics²⁰⁷⁰ puise son origine et sa rationalité dans le cadre de la réalisation du marché intérieur. La totalité du droit dérivé dans le champ de la commande publique a pour base juridique la libre prestation de services et la liberté d'établissement. Ce rattachement au marché intérieur trouve sa justification dans la finalité intrinsèque des directives, suivant laquelle une coordination des procédures de passation est nécessaire pour supprimer les entraves à la libre prestation des services et protéger, par la même, les opérateurs économiques établis dans d'autres États membres. En posant des règles de publicité et de passation, il s'agit d'exclure le risque que le pouvoir adjudicateur donne la préférence à certains soumissionnaires et se laisse guider par des considérations autres qu'économiques »²⁰⁷¹. L'effectivité de la réglementation européenne en matière de publicité et de mise en concurrence suppose cependant de garantir son respect par l'instauration et la mise en œuvre de voies de recours destinées à sanctionner les manquements aux règles de passation. Dans ce contexte et pour répondre à l'impératif d'efficacité des recours assurant le respect des règles communautaires²⁰⁷², deux grandes directives relatives à la passation des marchés ont été adoptées par le Conseil des Communautés européennes, puis

²⁰⁷⁰ Par extension, en matière de commande publique.

²⁰⁷¹ S. DE LA ROSA, *Droit européen de la commande publique*, Bruylant, 2017, n° 3.

²⁰⁷² Les juridictions nationales ont été jugées compétentes pour ordonner des mesures provisoires permettant de suspendre « la juridiction nationale qui, saisie d'un litige concernant le droit communautaire, estime que le seul obstacle qui s'oppose à ce qu'elle ordonne des mesures provisoires est une règle du droit national doit écarter l'application de cette règle. » (CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, C-213/89, *Rec.* 2433, concl. G. TESAURO ; J.-C. BONICHOT, *RFDA* 1990 p. 912 ; P. LE MIRE, *AJDA* 1990 p. 832).

transposées en droit français. La première a été édictée le 21 décembre 1989 et concerne les marchés conclus dans les secteurs considérés comme classiques²⁰⁷³, tandis que la seconde, adoptée le 25 février 1992 vise les marchés passés dans les secteurs spéciaux que sont ceux de l'eau, de l'énergie, du transport et des télécommunications²⁰⁷⁴. Elles ont été respectivement transposées en droit interne par les lois du 4 janvier 1992²⁰⁷⁵ et du 29 décembre 1993²⁰⁷⁶, puis modifiées par la directive du 11 décembre 2007²⁰⁷⁷ du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne, laquelle a fait l'objet d'une transposition à la suite de l'ordonnance du 7 mai 2009²⁰⁷⁸ et du décret du 27 novembre 2009²⁰⁷⁹. Deux voies de recours ont ainsi été instituées en droit français sous l'impulsion du droit de l'Union européenne : le référé précontractuel et le référé contractuel.

Le référé précontractuel est issu de la transposition des premières directives « recours » de 1989²⁰⁸⁰ et de celle de la directive de 2007²⁰⁸¹. Il est désormais codifié aux articles L. 551-1 à L. 551-12 du Code de justice administrative²⁰⁸². Comme exigé par les directives européennes, les dispositions précitées instituent une voie de recours ouverte aux

²⁰⁷³ Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux.

²⁰⁷⁴ Directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, du transport et des télécommunications.

²⁰⁷⁵ Loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 relative au recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux et décret n° 92-964 du 7 septembre 1992 relatif aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux et modifiant le nouveau code de procédure civile et le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

²⁰⁷⁶ Loi n° 93-1416 du 29 décembre 1993 relative au recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

²⁰⁷⁷ Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 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.

²⁰⁷⁸ Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique.

²⁰⁷⁹ Décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009 relatif aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique.

²⁰⁸⁰ Loi n° 92-10 du 4 janvier 1992, préc. ; Décret n° 92-964 du 7 septembre 1992, préc. ; Loi n° 93-1416 du 29 décembre 1993, préc.

²⁰⁸¹ Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, préc. ; Décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009, préc.

²⁰⁸² S'agissant des contrats passés par les pouvoirs adjudicateurs : arts. L. 551-1 à L. 551-4 CJA. S'agissant des contrats passés par les entités adjudicatrices : arts. L. 551-5 à L. 551-9 CJA.

concurrents évincés²⁰⁸³ « en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs [ou par les entités adjudicatrices] de [certains] contrats administratifs »²⁰⁸⁴. L'efficacité et la rapidité attendues²⁰⁸⁵ du référé précontractuel reposent en partie sur l'intervention préventive du juge administratif, « saisi avant la conclusion du contrat »²⁰⁸⁶, ainsi que sur son obligation de statuer dans un délai de vingt jours²⁰⁸⁷, « non sanctionnée, mais respectée en pratique »²⁰⁸⁸. Elles sont par ailleurs garanties par les pouvoirs dont dispose le juge du référé précontractuel afin d'enrayer la procédure de passation irrégulière. Les directives « recours » imposent en effet que les instances de recours des États membres de l'Union européenne puissent prendre trois types de mesures²⁰⁸⁹ : adopter des mesures provisoires, annuler les décisions illégales ou accorder des dommages-intérêts. Conformément aux exigences européennes, l'article L. 551-2 du Code de justice administrative²⁰⁹⁰ dispose ainsi que le juge du référé précontractuel peut « suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat²⁰⁹¹, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages²⁰⁹². Il peut, en outre, annuler les

²⁰⁸³ Art. L. 551-10 CJA : « Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat ou à entrer au capital de la société d'économie mixte à opération unique et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué [...] ». Art. 1§3

²⁰⁸⁴ Arts. L. 551-1 et L. 551-5 CJA. Art. 1§1 Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, préc. et Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre, préc. : « Les États membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés [...], les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs [ou entités adjudicatrices] peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, [...] au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit ».

²⁰⁸⁵ Art. 1§1 Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, préc. et Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre, préc. (v. note ci-dessus).

²⁰⁸⁶ Arts. L. 551-1 et L. 551-5 CJA.

²⁰⁸⁷ Art. R. 551-5 CJA.

²⁰⁸⁸ L. RICHER et F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, 12^e éd., LGDJ, 2021, n° 329.

²⁰⁸⁹ S. DE LA ROSA, *Droit européen de la commande publique*, préc. pp. 414-421.

²⁰⁹⁰ Art. 551-2 CJA.

²⁰⁹¹ Art. 2 §1 a) Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, préc. et Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre, préc. : « Les États membres veillent à ce que les mesures prises aux fins des recours [...] prévoient les pouvoirs permettant : de prendre, dans les délais les plus brefs et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit encore porté atteinte aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché public en cause ou l'exécution de toute décision prise par le pouvoir adjudicateur ».

²⁰⁹² Art. 2 §5 *ibid.* : « Les États membres peuvent prévoir que l'instance responsable des procédures de recours peut tenir compte des conséquences probables des mesures provisoires pour tous les intérêts

décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations²⁰⁹³ »²⁰⁹⁴. La loi française va cependant au-delà des prescriptions du droit de l'Union européenne s'agissant de l'office du juge du référé précontractuel. Celui-ci dispose en plus d'un pouvoir d'injonction consistant à « ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations »²⁰⁹⁵. Lorsqu'il est saisi de manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un contrat administratif par une entité adjudicatrice²⁰⁹⁶, le juge administratif peut seulement prononcer une injonction à l'encontre de l'auteur, le cas échéant assortie d'une astreinte, afin qu'il se conforme à ses obligations ou qu'il suspende l'exécution de certaines décisions²⁰⁹⁷. En revanche, les dispositions du Code de justice administrative régissant le référé précontractuel ne prévoient pas « d'accorder des dommages et intérêts aux personnes lésées par la violation »²⁰⁹⁸. Mais le recours indemnitaire que peuvent engager les concurrents évincés en raison de leur éviction illégale de la procédure de passation permet de pallier cette lacune.

Le droit de l'Union européenne a ainsi contribué à l'institution dans le contentieux contractuel administratif d'un recours réservé aux concurrents évincés de la conclusion du contrat permettant de prévenir les illégalités entachant la procédure de passation, parfois en paralysant celle-ci. Alors que le référé-suspension dont disposent l'ensemble des tiers

susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et décider de ne pas accorder ces mesures lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages ».

²⁰⁹³ Art. 2 §1 b) *ibid.* : « Les États membres veillent à ce que les mesures prises aux fins des recours [...] prévoient les pouvoirs permettant : d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales, y compris de supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause ».

²⁰⁹⁴ Art. 551-2 CJA.

²⁰⁹⁵ *Ibid.*

²⁰⁹⁶ C'est-à-dire d'un contrat relatif aux secteurs des industries de réseaux.

²⁰⁹⁷ Art. L. 551-6 CJA : « Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations en lui fixant un délai à cette fin. Il peut lui enjoindre de suspendre l'exécution de toute décision se rapportant à la passation du contrat ou à la constitution de la société d'économie mixte à opération unique. Il peut, en outre, prononcer une astreinte provisoire courant à l'expiration des délais impartis. [...] Si, à la liquidation de l'astreinte provisoire, le manquement constaté n'a pas été corrigé, le juge peut prononcer une astreinte définitive. [...] ». Art. L. 551-7 CJA : « Le juge peut toutefois, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, écarter les mesures énoncées au premier alinéa de l'article L. 551-6 lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages ».

²⁰⁹⁸ Art. 2 §1 c) Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, préc. et Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007, préc.

s'exerce dans des conditions difficiles²⁰⁹⁹, les opérateurs économiques bénéficient d'une voie de recours garantissant *a priori* une intervention rapide et efficace du juge administratif, en amont de la signature du contrat²¹⁰⁰. Cet avantage considérable a cependant manqué de se perdre avant l'intervention du Parlement européen et du Conseil. Considérant que le juge est saisi avant la conclusion du contrat, sa signature entraîne alors un non-lieu à statuer²¹⁰¹ puisque le juge du référé précontractuel se retrouve privé de l'exercice de ses pouvoirs²¹⁰². Par conséquent, certains acheteurs publics s'engageaient dans une course à la signature afin de priver les concurrents lésés de la possibilité de contester la procédure de passation. De ce constat est née la directive recours de 2007²¹⁰³, à l'origine de la modification du référé précontractuel et de la création du référé contractuel.

La transposition du droit de l'Union européenne par l'ordonnance du 7 mai 2009²¹⁰⁴ a tout d'abord imposé la mise en place d'un délai de *standstill* (délai de suspension)²¹⁰⁵, c'est-à-dire « un délai d'attente entre la date à laquelle la décision de rejet de leur offre est notifiée aux candidats évincés et celle de la signature du contrat afin de permettre au candidat évincé de saisir le juge du référé précontractuel »²¹⁰⁶. Par ailleurs, elle a conduit à octroyer un effet suspensif au référé précontractuel²¹⁰⁷, de sorte qu'il ne soit plus possible de procéder à la

²⁰⁹⁹ V. *supra*. p. 394 et s.

²¹⁰⁰ « Compte tenu de la durée incompressible de tout procès et de la lenteur particulière du juge administratif, l'efficacité des recours juridictionnels visant à sanctionner des règles de formation des contrats administratifs se trouve trop souvent compromise par le fait accompli. Il n'est, par exemple, guère utile qu'un tribunal administratif annule la décision d'attribuer un marché de fournitures un ou deux ans après que ce marché a été exécuté. » (L. RICHER et F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, 12^e éd., LGDJ, 2021, n° 325).

²¹⁰¹ CE, 29 mars 2004, *Communauté de communes du Centre littoral c/ Société Devin-Lemarchant environnement (DLE)*, n° 258114, *Lebon* p. 145.

²¹⁰² CE Sect., 3 novembre 1995, *Société Stentofon Communications*, n° 152650, *Lebon* p. 393 ; concl. Ch. CHANTEPEY, *ibid.* et *RFDA* 1995 p. 1077 ; J.-H. STAHL ET D. CHAUVAUX, *AJDA* 1995 p. 888 ; P. TERNEYRE, *Dalloz* 1996 p. 321.

²¹⁰³ Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007, préc.

²¹⁰⁴ Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, préc. V. également : Décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009, préc.

²¹⁰⁵ Art. 2 *bis* Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007, préc.

²¹⁰⁶ H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., Dalloz, 2019, n° 1023.

²¹⁰⁷ Art. L. 551-4 : « Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle ». S'agissant des contrats passés par les entités adjudicatrices : art. L. 551-9 CJA. Étant entendu que le juge peut également « suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat » (arts. L. 551-2 et L. 551-6 CJA). Avant cette réforme, la loi du 30 juin 2000 avait seulement confié au juge le pouvoir d'enjoindre aux parties de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure : Art. 14 Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives.

signature du contrat en cas de saisine du juge et de précipiter ainsi un non-lieu à statuer. Enfin, elle a impulsé l'institution de « [l']unique complément naturel du référé précontractuel »²¹⁰⁸ : le référé contractuel²¹⁰⁹. La finalité de cette voie de recours supplétive, accessible aux mêmes requérants²¹¹⁰ et applicable aux mêmes contrats²¹¹¹, repose en effet sur la sanction des manquements aux obligations instituées afin d'assurer l'effectivité du référé précontractuel et, plus généralement, des manquements les plus graves aux obligations de publicité et de mise en concurrence²¹¹². Le référé contractuel n'est donc pas une session de rattrapage pour celui qui n'aurait pu obtenir satisfaction dans le cadre du référé précontractuel. C'est la raison pour laquelle, en principe, le référé contractuel est fermé au requérant ayant déjà exercé un référé précontractuel²¹¹³. De même, le référé contractuel est irrecevable si l'acheteur a signé le contrat en dépit de la saisine du juge du référé précontractuel, parce que le requérant ne lui a pas notifié l'introduction du recours²¹¹⁴. En dehors de ces hypothèses, le référé contractuel « autorise une sanction rapide des contrats de la commande publique déjà signés ayant échappé aux pouvoirs de correction du juge du référé précontractuel, alors même que leur passation a gravement méconnu les obligations de publicité et/ou de mise en concurrence, cela afin de permettre sans attendre, le cas échéant, une réattribution du contrat à laquelle les requérants pourront

²¹⁰⁸ J. GOURDOU et Ph. TERNEYRE, « Peut-on améliorer les référés en matière contractuelle ? », *AJDA* 2014 p. 2055.

²¹⁰⁹ Arts. L. 551-13 à L. 551-23 CJA.

²¹¹⁰ Art. L. 551-14 CJA.

²¹¹¹ Art. L. 551-13 CJA.

²¹¹² Lesquelles expliquent que le requérant ait été privé de la possibilité d'exercer un référé précontractuel.

²¹¹³ Art. L. 551-14 CJA : « [Le] recours régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours ».

²¹¹⁴ CE, 30 septembre 2011, *Commune de Maizières-lès-Metz*, n° 350148 ; concl. B. DACOSTA, *BJCP* 2011 p. 465 ; F. BRENET, *DA* 2011 comm. 95 ; R. GRAND, *AJDA* 2011 p. 1871 ; S. HUL, *AJCT* 2012 p. 154 ; R. NOGUELOU, *RDI* 2011 p. 562 ; J.-P. PIÉTRI, *Contrats-Marchés publ.* comm. 334. La notification du recours au défendeur par le greffe du tribunal ou par Télécours neutralise cependant l'irrecevabilité du référé contractuel en cas de défaillance du requérant : CE, 1^{er} mars 2012, *OPAC du Rhône*, n° 355560, *Lebon T.* p. 859 ; F. BRENET, *DA* 2012 comm. 47 ; R. GRAND, *AJDA* 2012 p. 520 ; S. HUL, *AJCT* 2012 p. 374 ; R. NOGUELOU, *RDI* 2012 p. 283 ; W. ZIMMER, *Contrats-Marchés publ.* 2012 comm. 127 ; CE, 17 octobre 2016, *Société Tribord*, n° 400791, *Lebon T.* p. 833 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2016 act. 837 ; E. LANZARONE, *AJCT* 2017 p. 156 ; J.-P. PIÉTRI, *Contrats-Marchés publ.* 2016 comm. 292 ; J.-Ch. ROTOULLIÉ, *AJDA* 2017 p. 57 ; CE, 14 février 2017, *Société des eaux de Marseille*, n° 403614 ; concl. G. PELLISSIER, *BJCP* 2017 p. 189 ; J.-P. PIÉTRI, *Contrats-Marchés publ.* 2017 comm. 106. Mais il reste dans son intérêt qu'il se charge lui-même d'informer l'acheteur de la saisine du juge.

présenter leur candidature »²¹¹⁵. Ainsi, le juge du référé contractuel a notamment vocation à être saisi lorsque l'ordonnance rendue en référé précontractuel ou l'obligation de suspension automatique de la signature du contrat à la suite de l'introduction d'un référé précontractuel n'ont pas été respectées²¹¹⁶.

En plus de la possibilité, sous certaines conditions, de suspendre l'exécution du contrat pour la durée de l'instance²¹¹⁷, le juge dispose de pouvoirs étendus permettant de tirer les conséquences sur le contrat des irrégularités entachant la procédure de passation²¹¹⁸. Il peut prononcer la nullité du contrat dans trois cas de figure²¹¹⁹ : en l'absence totale de publicité ou d'omission de publication au Journal officiel de l'Union européenne lorsqu'elle est requise²¹²⁰ ; en cas de méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévue pour la passation de contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique²¹²¹ ; en cas de non-respect du délai de *standstill* ou de l'effet suspensif du référé précontractuel²¹²², à condition toutefois que la méconnaissance de ces obligations ait privé le requérant de son droit d'exercer un référé précontractuel et que les obligations de publicité et de mise en concurrence aient été méconnues de manière à affecter ses chances d'obtenir le contrat. Le juge du référé contractuel dispose cependant de la faculté de prononcer des sanctions alternatives à la nullité du contrat²¹²³, telles que la résiliation, la réduction de sa durée ou une pénalité financière²¹²⁴. Cette solution suppose cependant que « la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général »²¹²⁵, dont les contours sont définis par le Code de justice administrative²¹²⁶.

²¹¹⁵ J. GOURDOU et Ph. TERNEYRE, « Peut-on améliorer les référés en matière contractuelle ? », préc.

²¹¹⁶ Art. L. 551-14 al. 2 CJA.

²¹¹⁷ Art. L. 551-17 CJA : « Le président du tribunal administratif ou son délégué peut suspendre l'exécution du contrat, pour la durée de l'instance, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de cette mesure pourraient l'emporter sur ses avantages ».

²¹¹⁸ Arts. L. 551-17 à L. 551-23 CJA. Arts. 2 *quinquies* et 2 *sexies* Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007, préc.

²¹¹⁹ Art. L. 551-18 CJA.

²¹²⁰ *Ibid.*

²¹²¹ *Ibid.*

²¹²² *Ibid.*

²¹²³ Art. L. 551-19 CJA.

²¹²⁴ *Ibid.*

²¹²⁵ *Ibid.*

²¹²⁶ *Ibid.* : « Cette raison ne peut être constituée par la prise en compte d'un intérêt économique que si la nullité du contrat entraîne des conséquences disproportionnées et que l'intérêt économique atteint n'est pas directement lié au contrat, ou si le contrat porte sur une délégation de service public ou encore si la nullité

Le droit de l'Union européenne a ainsi contribué à l'édification de « référés siamois »²¹²⁷ offrant aux concurrents évincés la possibilité de paralyser ou de sanctionner une procédure de passation irrégulière, par l'édition de mesures provisoires ou définitives. L'avantage dont ils disposent par rapport aux autres tiers est d'autant plus important que les exigences imposées par les directives recours ont été, sur certains points, dépassées.

B/ Des exigences européennes surpassées

La place spécifique octroyée aux concurrents évincés d'une procédure de passation au sein du contentieux contractuel administrative n'est pas le seul fait de la transposition des directives recours de première²¹²⁸ et deuxième générations²¹²⁹. Si elle trouve son origine dans ce mécanisme, elle a également été renforcée par le droit interne. Le législateur, mais surtout le Conseil d'État, ont en effet contribué à étendre le champ d'application des directives recours, notamment *rationae materiae* et *rationae personae*. Il en résulte une extension de l'avantage octroyé aux opérateurs économiques, tiré du référé précontractuel et, le cas échéant, du référé contractuel²¹³⁰.

L'élargissement du champ matériel des référés a d'abord été le fait du législateur. La loi du 4 janvier 1992²¹³¹ avait organisé une transposition *a minima* de la première directive recours de 1989²¹³², de telle sorte que le référé précontractuel ne s'appliquait qu'aux seuls marchés visés par le droit communautaire, à savoir les marchés publics de travaux et de

du contrat menace sérieusement l'existence même d'un programme de défense ou de sécurité plus large qui est essentiel pour les intérêts de sécurité de l'État ».

²¹²⁷ S. HOURSON, « Repenser les référés en matière contractuelle », *RFDA* 2021 p. 692.

²¹²⁸ Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, préc. ; Directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, préc. Transposées par : Loi n° 92-10 du 4 janvier 1992, préc. ; Décret n° 92-964 du 7 septembre 1992, préc. ; Loi n° 93-1416 du 29 décembre 1993, préc.

²¹²⁹ Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007, préc. Transposée par : Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, préc. ; Décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009, préc.

²¹³⁰ Rappelons ici qu'au départ les référés précontractuel et contractuel permettent de contester la procédure de passation des mêmes contrats administratifs (arts. L. 551-1, L. 551-5 et L. 551-13 CJA) et sont ouverts aux mêmes requérants (arts. 551-10 et L. 551-14 al. 1 CJA), nonobstant, s'agissant de ces derniers, les règles de recevabilité qui gouvernent le référé contractuel et organisent l'articulation entre les deux voies de recours (art. L. 551-14 al. 2 CJA).

²¹³¹ Loi n° 92-10 du 4 janvier 1992, préc.

²¹³² Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, préc.

fournitures d'un certain montant²¹³³. Mais rapidement, la loi du 29 janvier 1993²¹³⁴, dite loi « Sapin », a étendu son champ d'application à l'ensemble des marchés publics, ainsi qu'aux délégations de service public. Aujourd'hui encore, le champ d'application matériel du référé précontractuel et *a fortiori* du référé contractuel²¹³⁵ dépassent celui des directives²¹³⁶ et coïncident *au moins*²¹³⁷ avec celui de la commande publique. Le Code de justice administrative prévoit en effet que les juges du référé précontractuel et contractuel sont compétents pour connaître de la régularité des procédures de passation « de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique »²¹³⁸. Autrement dit, le champ d'application des référés s'étend à l'ensemble des marchés publics (travaux, fournitures ou services)²¹³⁹, aux marchés de partenariat²¹⁴⁰, aux concessions de travaux ou de service²¹⁴¹, incluant les délégations de service public²¹⁴², conclus par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices²¹⁴³.

La définition matérielle ainsi fournie laisse au juge une certaine liberté d'appréciation, permettant d'intégrer dans le champ d'application des référés les contrats administratifs en

²¹³³ L'article 1 de la directive recours de 1989 (*ibid.*) ne visait que les procédures de passation des marchés publics relevant de la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux et celles relevant de la directive 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures.

²¹³⁴ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

²¹³⁵ Sur l'identité des champs d'application des référés, v. : S. HOURSON, « Repenser les référés en matière contractuelle », préc.

²¹³⁶ L'article 1 de la directive recours de 2007 (Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007, préc.) vise uniquement « les marchés publics, les accords-cadres, les concessions de travaux publics et les systèmes d'acquisition dynamiques ».

²¹³⁷ V. *infra*. page ci-dessous.

²¹³⁸ Arts. L. 551-1 (contrats passés par les pouvoirs adjudicateurs) et L. 551-5 CJA (contrats passés par les entités adjudicatrices). Art. L. 551-13 CJA : « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section » (référé contractuel).

²¹³⁹ Arts. L. 1111-2 à L. 1111-4 CCP.

²¹⁴⁰ Art. L. 1112-1 CCP.

²¹⁴¹ Arts. L. 1121-1 à L. 1121-3 CCP.

²¹⁴² Art. L. 1411-1 CGCT.

²¹⁴³ Arts. L. 551-1, L. 551-5 et L. 551-13 CJA.

fonction notamment de leur objet²¹⁴⁴. Ainsi par exemple, le Conseil d'État a pu estimer qu'eu égard à son objet, qui est de confier à un prestataire de services les tâches matérielles liées à la collecte des dossiers de demandes de visa en contrepartie d'un prix, « un tel contrat de prestations de services est au nombre de ceux dont le juge du référé précontractuel peut connaître »²¹⁴⁵. La circonstance que ce contrat n'est pas soumis au Code des marchés publics (c'est-à-dire à une procédure de publicité et de mise en concurrence), dès lors qu'il n'a pas été conclu à l'étranger pour être exécuté en dehors du territoire français, est sans incidence, car « [il] est cependant soumis aux principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats et à la règle de transparence des procédures qui en découle »²¹⁴⁶. La solution s'étend également au champ de compétence du juge du référé contractuel²¹⁴⁷. De la même manière, il a été jugé qu'un marché portant sur la maintenance des installations et les moyens de fonctionnement du Centre spatial guyanais, passé par le Centre national d'études spatiales (CNES)²¹⁴⁸ est un marché de prestations de services dont le juge du référé précontractuel peut connaître, malgré le fait qu'il échappe à l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics²¹⁴⁹, parce qu'il demeure soumis aux principes de la commande publique²¹⁵⁰.

Certes, le champ d'application matériel des référés précontractuel et contractuel est moins large que celui du recours en validité du contrat ouvert à l'ensemble des tiers²¹⁵¹ et *a fortiori*, du référé-suspension dont il peut être assorti²¹⁵². Les concessions domaniales notamment échappent à la compétence des juges des référés précontractuel et contractuel,

²¹⁴⁴ « C'est l'objet du contrat qui détermine la compétence du juge des référés précontractuel et contractuel, et non la seule circonstance qu'un texte de nature législative ou réglementaire prévoit l'organisation d'une procédure ouverte, transparente et non discriminatoire. » (M. DE MONSEMBERNARD, « Contrats de la commande publique : référés spécifiques », *Rép. cont. adm.*, n° 8.

²¹⁴⁵ CE, 29 juin 2012, *Société Pro 2C*, n° 357976, *Lebon* p. 258 ; concl. N. BOULOUIS, *BJCP* 2012 p. 336 ; S. BRACONNIER, *RDI* 2012 p. 560 ; F. BRENET, *DA* 2012 comm. 95 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2012 p. 469 ; J.-P. PIÉTRI, *Contrats-Marchés publ.* 2012 comm. 270 ; D. POUPEAU, *AJDA* 2012 p. 1314.

²¹⁴⁶ *Ibid.*

²¹⁴⁷ *Ibid.*

²¹⁴⁸ Le CNES est un établissement public à caractère industriel et commercial agissant pour le compte de l'État français.

²¹⁴⁹ Dont la transposition donnera naissance au Code de la commande publique.

²¹⁵⁰ CE, 5 février 2018, *Centre national d'études spatiales (CNES)*, n° 414846 ; concl. O. HENRARD, *BJCP* 2018 p. 143 ; E. MAUPIN M. UBAUD-BERGERON, *Contrats-Marchés publ.* 2018 comm. 78. Par extension, la solution est logiquement applicable au référé contractuel.

²¹⁵¹ CE Ass. 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

²¹⁵² *Ibid.*

même si elles ont fait l'objet d'une mise en concurrence spontanée²¹⁵³. Tout comme les avenants, sauf à ce qu'ils bouleversent l'économie générale du contrat initial et constituent ainsi un nouveau contrat soumis aux règles de publicité et de mise en concurrence²¹⁵⁴. Tel est le cas de la substitution du titulaire du marché en cours d'exécution du contrat²¹⁵⁵. Le Conseil d'État accorde une attention particulière au critère organique des contrats entrant dans le champ des référés. En sont ainsi exclus les contrats de sous-concessions conclues par les sociétés concessionnaires d'autoroute n'ayant pas la qualité de pouvoir adjudicateur²¹⁵⁶. Mais globalement, les concurrents évincés sont en mesure de contester la passation de la grande majorité des contrats.

L'enrichissement des procédures de référé précontractuel et contractuel ne s'est pas limité au seul développement de leur champ d'application matériel. La contribution du Conseil d'État à l'efficacité de ces voies de recours a conduit à un élargissement de la recevabilité, du point de vue du requérant. Au départ, le recours est ouvert aux candidats évincés de la procédure²¹⁵⁷. Cela implique, pour le Conseil d'État, les concurrents potentiels qui exercent une activité correspondant à l'objet du contrat et qui ont été empêchés ou dissuadés de soumissionner en raison d'une violation aux obligations de publicité et de mise en concurrence²¹⁵⁸. L'intérêt à agir des opérateurs économiques a par ailleurs été élargi dans

²¹⁵³ CE, 12 mars 1999, *Ville de Paris c/ Société Stella Maillot-Orée du bois*, n° 186085, *Lebon* p. 778 ; concl. C. BERGEAL, *BJCP* 1999 p. 433 ; C. LAVIALLE, *RDI* 1999 p. 629 ; F. LLORENS, *RDI* 1999 p. 231 et 250 ; M. RAUNET et O. ROUSSET, *AJDA* 1999 p. 439 ; CE, 3 décembre 2014, *Tisséo*, n° 384170 ; concl. G. PELLISSIER, *BJCP* 2015 p. 128 ; G. ECKERT, *Contrats-Marchés publ.* 2015 comm. 48 ; H. HOEPFFNER, *AJDA* 2015 p. 1107 ; D. POUPEAU, *AJDA* 2014 p. 2393 ; M.-C. VINCENT-LEGOUX, *JCP A* 2015 p. 2365.

²¹⁵⁴ CE Sect., 11 juillet 2008, *Ville de Paris c/ Société Clear Channel France*, n° 312354, *Lebon* p. 270 ; E. GEFFRAY et S.-J. LIÉBER, *AJDA* 2008 p. 1816 ; F. LINDITCH, *JCP A* 2008 p. 2189 ; G. ORSONI, *RTD com.* 2009 p. 87 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2008 comm. 187.

²¹⁵⁵ CE, 16 mai 2022, *Société hospitalière d'assurances mutuelle (SHAM)*, n° 459408, *Lebon T.* ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2022 act. 362 ; H. HOEPFFNER, *Contrats-Marchés publ.* 2022 comm. 2228 ; E. MAUPIN, *AJDA* 2022 p. 1005 ; C. VAYSSE, *JCP A* 2022 p. 2243.

²¹⁵⁶ CE, 30 avril 2019, *Société Total Marketing France*, n° 426698, *Lebon T.* p. 838 ; concl. M. LE CORRE, *BJCP* 2019 p. 292 ; J. DIETENHOEFFER, *Contrats-Marchés publ.* 2019 comm. 244 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2019 act. 321 ; I. HASQUENOPH, *AJDA* 2019 p. 2075 ; F. LICHÈRE, *JCP A* 2019 p. 2206 ; E. MAUPIN, *Dalloz* 10 mai 2019. Les entreprises publiques locales et en particulier les sociétés d'économie mixte locales sont quant à elles des pouvoirs adjudicateurs : CDBF, 3 décembre 2021, *SEML TERACTEM*, n° 254-861 ; G. DURAND, *AJCT* 2022 p. 216.

²¹⁵⁷ Arts. L. 551-10 et L. 551-14 CJA.

²¹⁵⁸ CE, 29 avril 2015, *Syndicat de valorisation des déchets de la Guadeloupe (SYVADE)*, n° 386748, *Lebon T.* p. 745 et 751 ; concl. G. PELLISSIER, *BJCP* 2015 p. 360 ; M. AMILHAT, *DA* 2015 comm. 41 ; J.-D. DREYFUS, *AJCT* 2015 p. 470 ; E. MULLER, *AJDA* 2015 p. 1749 ; D. POUPEAU, *AJDA* 2015 p. 903 ; M. UBAUD-BERGERON, *Contrats-Marchés publ.* 2015 comm. 137 ; CE, 21 septembre 2016, *Société Kéolis*, n° 399656 ; concl.

le cadre de l'articulation des voies de recours en référé. En principe, le référé contractuel n'est pas cumulable avec le référé précontractuel²¹⁵⁹. Le premier est seulement ouvert dans l'hypothèse où l'effectivité du second n'a pas été assurée. Le Code de justice administrative prévoit deux hypothèses dans lesquelles le cumul est possible : en cas de non-respect de l'ordonnance du juge du référé précontractuel ou de violation l'obligation de suspension automatique de la signature du contrat, consécutive à l'introduction du référé précontractuel²¹⁶⁰. Mais la jurisprudence a pu introduire une certaine souplesse dans l'interprétation de ces conditions.

Certes on ne peut reprocher à l'acheteur public d'avoir conclu le contrat pendant le délai de suspension automatique, dès lors que le requérant ne lui avait pas notifié le recours en référé précontractuel²¹⁶¹. Le Conseil d'État a toutefois admis qu'un requérant était recevable à saisir le juge du référé contractuel après la signature du contrat durant le délai de suspension, dans l'hypothèse où le référé précontractuel a été notifié au défendeur par le greffe du tribunal administratif ou par télécopie²¹⁶². Cette règle évite de sanctionner implacablement la négligence du requérant, dont pourrait tirer profit le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, en procédant à la conclusion du contrat administratif et ainsi, à la fermeture du recours. La finalité du référé contractuel repose en partie sur la possibilité pour le concurrent évincé d'introduire un recours après la signature du contrat, lorsqu'elle celle-ci conduit à un non-lieu à statuer en référé précontractuel²¹⁶³. C'est donc la violation de l'obligation de suspension de la conclusion du contrat qui fonde la recevabilité du recours, peu importe les modalités selon lesquelles l'acheteur public a été informé de l'introduction du référé précontractuel.

G. PELLISSIER, *BJCP* 2016 p. 444 ; M. DOUENCE, *AJDA* 2017 p. 359 ; G. ECKERT, *Contrats-Marchés publ.* 2016 comm. 261 ; J.-F. SESTIER, *BJCP* 2016 p. 444.

²¹⁵⁹ Art. L. 551-14 CJA.

²¹⁶⁰ *Ibid.*

²¹⁶¹ « Considérant, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, que le juge des référés a commis une erreur de droit en jugeant recevable le recours contractuel présenté par la société [requérante], ayant précédemment présenté un référé précontractuel, contre un contrat signé durant le délai de suspension prévu à l'article L. 551-4 [CJA] alors que le pouvoir adjudicateur se trouvait dans l'ignorance du référé précontractuel, qui ne lui avait pas été notifié par la société » : CE, 30 septembre 2011, *Commune de Maizières-lès-Metz*, préc.

²¹⁶² CE, 1^{er} mars 2012, *OPAC du Rhône*, préc. ; CE, 17 octobre 2016, *Société Tribord*, préc. ; CE, 14 février 2017, *Société des eaux de Marseille*, préc.

²¹⁶³ Si la signature intervient au cours de l'instance du référé précontractuel, la requête perd son objet : CE Sect., 3 novembre 1995, *Société Stentofon Communications*, préc.

De manière plus générale, la jurisprudence administrative a élargi la recevabilité du requérant à introduire un référé contractuel lorsque qu'il a été privé de l'exercice du référé précontractuel²¹⁶⁴. La question du cumul des référés ne se pose pas ici, puisque dans cette hypothèse le juge du référé précontractuel n'a pas été saisi. Le Code de justice administrative dispose cependant que l'ouverture du référé contractuel implique la *saisine préalable* du juge du référé précontractuel et l'échec du recours consécutif au fait de l'acheteur public (non-respect de l'ordonnance rendue ou du délai de suspension automatique)²¹⁶⁵. Ainsi, lorsque la signature du contrat intervient avant la saisine juge du référé précontractuel, la requête est irrecevable²¹⁶⁶. C'est l'ensemble de la procédure des référés qui est fermé au concurrent évincé. Le Conseil d'État a cependant su faire preuve de pragmatisme en admettant qu'un requérant soit recevable à saisir le juge du référé contractuel alors même qu'il n'aurait pas mobilisé le juge du référé précontractuel.

L'efficacité de la procédure contentieuse prévue pour sanctionner dans l'urgence les manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence a été renforcée par l'instauration du délai de *standstill*²¹⁶⁷, imposant de différer la signature de certains contrats plusieurs jours après la notification aux candidats du rejet de leur offre²¹⁶⁸. La violation de cette obligation est d'ailleurs en principe sanctionnée par la nullité du contrat²¹⁶⁹. La recevabilité du référé contractuel a donc logiquement été reconnue lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas respecté ce délai²¹⁷⁰, ce dernier ayant

²¹⁶⁴ Le Professeur Hélène Hoepffner distingue ainsi le cas dans lequel « le requérant *n'a pas* exercé de référé précontractuel » (H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, préc., pp. 879-880) de celui dans lequel « le requérant *n'a pas pu* exercer de référé précontractuel » (*ibid.*, pp. 880-882).

²¹⁶⁵ Art. L. 551-14 CJA.

²¹⁶⁶ CE Sect., 3 novembre 1995, *CCI de Tarbes*, n° 157304, *Lebon* p. 394 ; concl. Ch. CHANTEPY, *ibid.* et *RFDA* 1995 p. 1077 ; J.-H. STAHL ET D. CHAUVAUX, *AJDA* 1995 p. 888 ; P. TERNEYRE, *Dalloz* 1996 p. 321.

²¹⁶⁷ Art. 2 *bis* Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007, préc.

²¹⁶⁸ Art. R. 2182-1 CCP : « Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, un délai minimal de onze jours est respecté entre la date d'envoi de la notification prévue aux articles R. 2181-1 et R. 2181-3 et la date de signature du marché par l'acheteur. Ce délai minimal est porté à seize jours lorsque cette notification n'a pas été transmise par voie électronique ». Art. R. 3125-2 CCP : « L'autorité concédante respecte un délai de seize jours entre la date d'envoi de la notification et la date de conclusion du contrat de concession. Ce délai est réduit à au moins onze jours en cas de transmission électronique de cette notification à l'ensemble des candidats et soumissionnaires intéressés ».

²¹⁶⁹ Art. L. 551-18 CJA.

²¹⁷⁰ CE, 10 novembre 2010, *France Agrimer*, n° 340944 ; F. BRENET, *DA* 2011 comm. 9 ; J.-D. DREYFUS, *AJDA* 2011 p. 54 ; R. GRAND, *AJDA* 2010 p. 2187 ; S. HUL, *AJCT* 2011 p. 86 ; F. LINDITCH, *JCP A* 2010 p. 2379 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2011 comm. 59.

précisément pour objectif de permettre au requérant de saisir le juge. Il serait en outre paradoxal que le référé contractuel ne soit pas recevable dès lors que la procédure de passation en entachée d'un vice de nature à entraîner la nullité du contrat²¹⁷¹.

L'exercice d'un référé précontractuel suppose également que le candidat évincé soit informé du rejet de son offre²¹⁷², auquel cas il demeure dans l'ignorance de la signature imminente du contrat et du délai dont il dispose pour saisir le juge du référé précontractuel (à supposer que ce délai soit respecté). Pour cette raison, le soumissionnaire évincé est recevable à saisir le juge du référé contractuel s'il n'a pas été informé du rejet de son offre²¹⁷³. Là encore, le Conseil d'État a conféré un effet utile aux dispositions du Code de justice administrative prévoyant la nullité du contrat « lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre »²¹⁷⁴.

Reste que le respect du délai de *standstill* et l'obligation de notification de la décision d'attribution ne s'imposent pas à tous les contrats, mais se limitent aux marchés passés selon une procédure formalisée et aux concessions dont le montant est supérieur aux seuils européens²¹⁷⁵. Ces dispenses privent le concurrent évincé de toute chance d'exercer un référé précontractuel, dans la mesure où il demeure dans l'ignorance de la signature du contrat. C'est d'autant plus le cas en l'absence totale de publicité et de mise en concurrence :

²¹⁷¹ Art. L. 551-18 CJA. Sous réserve cependant de remplir deux conditions : « [que] la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et [que] les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat. » (*ibid*).

²¹⁷² Le délai de *standstill* court à compter de la notification du rejet de l'offre : art. R. 2182-1 CCP.

²¹⁷³ « [Les] dispositions de l'article L. 551-14 précité du code de justice administrative, qui prévoient que le recours contractuel n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du référé précontractuel dès lors que le pouvoir adjudicateur a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours, n'ont pas pour effet de rendre irrecevable un recours contractuel introduit par un concurrent évincé qui avait antérieurement présenté un recours précontractuel alors qu'il était dans l'ignorance du rejet de son offre et de la signature du marché par suite d'un manquement du pouvoir adjudicateur au respect des dispositions de l'article 80 du code des marchés publics qui prévoit l'obligation de notifier aux candidats le rejet de leurs offres et fixe un délai minimum de seize jours, réduit à onze jours dans le cas d'une transmission électronique, entre cette notification et la conclusion du marché » (CE, 10 novembre 2010, *France Agrimer*, préc).

²¹⁷⁴ Art. L. 551-18 CJA. À condition là encore « [que] la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et [que] les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat. » (*ibid*).

²¹⁷⁵ Arts. R. 2182-1 CCP et R. 3125-2 CCP.

le concurrent va jusqu'à ignorer l'existence même du contrat. En théorie alors, le référé contractuel est ouvert, sur la base des règles jurisprudentielles précitées²¹⁷⁶. L'article L. 551-15 du Code de justice administrative prévoit cependant la possibilité pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice de procéder volontairement à la fermeture du référé contractuel²¹⁷⁷. Lorsque la passation du contrat n'est soumise à aucune obligation de publicité préalable ou, soumise à publicité préalable, mais pas à l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus, le référé sera manuellement fermé si « le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a, avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication »²¹⁷⁸.

Dès lors que l'acheteur public a observé ces modalités, les concurrents évincés sont en mesure d'exercer un référé précontractuel. Ainsi, le référé contractuel ne sera ouvert que dans les deux hypothèses prévues par le Code de justice administrative, à savoir lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas respecté l'obligation de suspension automatique de la signature du contrat ou l'ordonnance du juge du référé précontractuel²¹⁷⁹. La jurisprudence *Grand port maritime du Havre*²¹⁸⁰ a fourni une interprétation très pédagogique des dispositions relatives à la recevabilité du référé contractuel : « sont seuls recevables à saisir le juge d'un référé contractuel, outre le préfet, les candidats qui n'ont pas engagé un référé précontractuel, lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas communiqué la décision d'attribution aux candidats non retenus ou n'a pas observé, avant de signer le contrat, un délai de onze jours après cette communication et, s'agissant des contrats non soumis à publicité préalable et des contrats non soumis à l'obligation de

²¹⁷⁶ « Aucune disposition législative ou réglementaire, ni aucun principe général du droit ne venant combler ce silence en imposant à l'administration d'informer les concurrents évincés en temps utile pour pouvoir exercer un référé précontractuel, le référé contractuel pourrait, théoriquement, être ouvert pour nombre de contrats : les contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité, les marchés passés selon une procédure adaptée, les contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, les délégations de service public » (H. HOEPFFNER, « Le référé contractuel contre un marché à procédure adaptée : une voie de droit subsidiaire », *AJDA* 2017 p. 888).

²¹⁷⁷ Le mécanisme est ainsi qualifié de « fermeture manuelle » : N. BOULOUIS, *Concl. sur CE*, 19 janvier 2011, *Grand port maritime du Havre*, n° 343435, *BJCP* 2011 p. 125.

²¹⁷⁸ Art. L. 551-15 CJA.

²¹⁷⁹ Art. L. 551-14 CJA.

²¹⁸⁰ CE, 19 janvier 2011, *Grand port maritime du Havre*, n° 343435, *Lebon* p. 11 ; *concl.* N. BOULOUIS, *BJCP* 2011 p. 125 ; J.-D. DREYFUS, *AJDA* 2011 p. 800 ; G. ECKERT, *Contrats-Marchés publ.* 2011 comm. 92 ; R. GRAND, *AJDA* 2011 p. 135 ; F. LINDITCH, *JCP A* 2011 p. 2095 ; R. NOGUELLOU, *RDI* 2011 p. 275 ;

communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus, lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas rendu publique son intention de conclure le contrat ou n'a pas observé, avant de le signer, ce même délai, ainsi que ceux qui ont engagé un référé précontractuel, lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas respecté l'obligation de suspendre la signature du contrat prévue aux articles L. 551-4 ou L. 551-9 du code de justice administrative ou ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce référé »²¹⁸¹.

Sur ce point également, le Conseil d'État porte une attention particulière à la situation du requérant, en veillant à ce que les conditions de « fermeture manuelle »²¹⁸² du référé contractuel soient scrupuleusement respectées. La décision *Société Decrempts BTP*²¹⁸³ rendue en 2017 le confirme. Dans cette affaire, un syndicat intercommunal à vocation multiple avait notifié à une société évincée le rejet de son offre et l'attribution du marché, portant sur l'extension et la rénovation du réseau d'eau et d'assainissement et sur la réfection des tranchées réalisées, à un autre candidat. Elle avait en outre observé un délai de treize jours entre la notification et la conclusion du contrat. Ledit marché ayant été passé en procédure adaptée, l'exécution de ces modalités avait ainsi pour objectif de fermer la voie du référé contractuel²¹⁸⁴. Après avoir été informée de la signature, la société requérante avait en effet requalifié son recours en référé précontractuel en référé contractuel, potentiellement irrecevable en raison de l'accomplissement des mesures de notification. Le Conseil d'État a cependant choisi d'interpréter rigoureusement l'article L. 551-15 du Code de justice administrative. Il a ainsi admis la recevabilité du référé contractuel au motif que la notification du choix de l'attributaire n'est pas assimilable à la publicité de l'intention de

²¹⁸¹ *Ibid.* V. également en ce sens : CE, 29 juin 2012, *Société Chaumeil*, n° 358353, *Lebon* p. 856 ; concl. N. BOULOUIS, *BJCP* 2012 p. 449 ; P. DEVILLERS, *Contrats-Marchés publ.* 2012 comm. 261 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2012 act. 470 ; A.-S. JUILLES, *AJCT* 2012 p. 566 ; D. POUPEAU, *AJDA* 2012 p. 1314 ; CE 25 octobre 2013, *Commune de La Seyne-sur-Mer*, n° 370393, *Lebon* p. 704 ; concl. G. PELLISSIER, *BJCP* 2013 p. 47 ; S. HUL, *AJCT* 2014 p. 112 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2014 comm. 21 ; D. POUPEAU, *AJDA* 2013 p. 2125.

²¹⁸² N. BOULOUIS, *Concl. sur CE*, 19 janvier 2011, *Grand port maritime du Havre*, préc.

²¹⁸³ CE, 23 janvier 2017, *Société Decrempts BTP*, n° 401400, *Lebon T.* p. 685 ; F. BRENET, *DA* 2017 comm. 27 ; S. DEFIX, *AJCT* 2017 p. 281 ; S. DEYGAS, *Procédures* 2017 comm. 74 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2017 act. 97 ; H. HOEPFFNER, *AJDA* 2017 p. 888 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2017 comm. 79 ; D. POUPEAU, *AJDA* 2017 p. 142.

²¹⁸⁴ Art. L. 551-15 CJA.

conclure le contrat, qui est seule de nature à satisfaire les conditions exigées par les dispositions du Code de justice administrative²¹⁸⁵.

L'ensemble des précisions apportées par la jurisprudence du Conseil d'État sur les conditions de recevabilité des référés précontractuel et contractuel témoignent d'une volonté d'assurer l'efficacité et l'effectivité de ces recours. Elles participent à la garantie, pour les concurrents évincés, de bénéficier de voies de droit protectrice de leurs intérêts. Elles confortent en outre la place particulière qu'ils occupent au sein du contentieux contractuel administratif, dans la mesure où ils sont les seuls tiers (avec le préfet) à jouir de voies d'action qui leur sont spécialement dédiées. L'avantage octroyé aux opérateurs économiques semble pourtant se limiter au terrain de la recevabilité. Les conditions d'exercice des référés s'avèrent en effet plus rigoureuses, ce qui tend à nuancer la singularité de la place des concurrents évincés dans le contentieux contractuel administratif.

§2 LA MODÉRATION DE LA PARTICULARITÉ DE LA PLACE OCCUPÉE PAR LES CONCURRENTS ÉVINCÉS

Du point de vue des conditions de recevabilité, l'accès des concurrents évincés au juge du référé précontractuel et, le cas échéant, au juge du référé contractuel, apparaît favorable à la défense de leurs intérêts. La garantie de l'efficacité des recours assurée par le travail conjoint du législateur et du juge a d'ailleurs renforcé l'importante attractivité des procédures de référés auprès des opérateurs économiques. À tel point qu'au nom de la sécurité juridique²¹⁸⁶, le Conseil d'État a dû restreindre les conditions de leur exercice. Ces voies d'action portaient cependant en elles les germes d'une telle limitation. C'est donc notamment sur la base des dispositions du Code de justice administrative que d'une part, les moyens invocables dans le cadre des référés ont fait l'objet d'une subjectivisation (A) ;

²¹⁸⁵ « [En] jugeant que le référé contractuel de la société Decremps BTP n'était pas recevable au motif que la société avait antérieurement présenté un référé précontractuel et n'avait pas été privée de la possibilité de le faire utilement dès lors que le SIVOM avait choisi, sans y être tenu, de lui notifier le choix du groupement attributaire et avait respecté un délai de treize jours avant de signer le marché, alors qu'il lui appartenait seulement de rechercher si le pouvoir adjudicateur avait rendu publique son intention de conclure le contrat dans les conditions prévues par l'article 40-1 du Code des marchés publics, le juge des référés du tribunal administratif de Grenoble a commis une erreur de droit » (CE, 23 janvier 2017, *Société Decremps BTP*, préc.).

²¹⁸⁶ B. DACOSTA, Concl. sur CE Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, préc.

d'autre part, que les hypothèses d'annulation des procédures de passation ont été encadrées (B).

A/ La subjectivisation des moyens invocables

L'institutionnalisation du référé précontractuel consécutive à la transposition des premières directives recours²¹⁸⁷ a suscité un important intérêt auprès des opérateurs économiques. Encouragés par la mise à disposition d'une voie d'action offrant une seconde chance d'obtenir le contrat, les concurrents évincés n'hésitaient pas à solliciter le juge administratif. Au-delà d'un large champ d'application matériel, la démarche était encouragée par les conditions d'exercice du référé. Le Conseil d'État l'avait en effet érigé au rang de contentieux objectif, de telle sorte que les requérants pouvaient invoquer tout moyen à l'encontre de la procédure de passation. Il considérait tantôt « [qu'une] entreprise candidate à l'obtention d'un marché [était] susceptible d'être lésée par tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence »²¹⁸⁸ ; tantôt qu'elle pouvait « invoquer devant le juge du référé précontractuel tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, même s'il [n'avait] pas été commis à son détriment »²¹⁸⁹. Cette faculté était même octroyée aux entreprises dont la candidature avait été écartée²¹⁹⁰. Comme le rapporteur public Bertrand Dacosta le résumait « tout manquement [pouvait] donc être invoqué par tout requérant »²¹⁹¹.

On ne pouvait reprocher au Conseil d'État de ne pas veiller à l'efficacité du recours en référé précontractuel exigée par le droit communautaire²¹⁹². À tel point que cet instrument

²¹⁸⁷ Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, préc. ; Loi n° 92-10 du 4 janvier 1992, préc. ; Décret n° 92-964 du 7 septembre 1992, préc. ; Directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, préc. ; Loi n° 93-1416 du 29 décembre 1993, préc.

²¹⁸⁸ CE, 16 octobre 2000, *Société Stereau*, n° 213958, *Lebon T.* p. 1091.

²¹⁸⁹ CE, 19 octobre 2001, *Société Alsthom Transport SA*, n° 233173, *Lebon T.* p. 1038. V. également en ce sens : CE, 10 mars 2004, *Communauté d'agglomération de Limoges Métropole*, n° 259680 ; CE 8 avril 2005, *Société Radiometer*, n° 270476, *Lebon T.* p. 964 ; CE 16 novembre 2005, *Ville de Paris*, n° 278646, *Lebon T.* p. 966.

²¹⁹⁰ CE, 20 octobre 2006, *Syndicat des eaux de Charente-Maritime*, n° 278601, *Lebon T.* 1077.

²¹⁹¹ B. DACOSTA, Concl. sur CE Sect., 3 octobre 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe (SMIRGEOMES)*, RFDA 2008 p. 1128.

²¹⁹² Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, préc. ; Directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, préc.

procédural a été victime de son succès²¹⁹³. Une tendance à instrumentaliser le recours, à en faire une utilisation abusive, s'est rapidement dessinée chez les opérateurs économiques²¹⁹⁴. Dans l'absolu, la ligne jurisprudentielle fixée par le Conseil d'État avait l'avantage de la lisibilité et de la simplicité²¹⁹⁵. Connue et maîtrisée à la fois des opérateurs économiques et des pouvoirs adjudicateur, elle incitait ces derniers à la rigueur juridique²¹⁹⁶. En outre, son caractère préventif permettait de neutraliser les irrégularités à un stade où les effets produits sont moindres qu'après la conclusion du contrat, la nullité de celui-ci emportant des conséquences dévastatrices²¹⁹⁷. Mais ce dernier argument ne tenait plus dès lors que, anticipant la transposition de la directive recours de 2007²¹⁹⁸, la décision *Tropic*²¹⁹⁹ avait ouvert aux concurrents évincés une action en contestation de la validité du contrat devant le juge de plein contentieux, dont l'office reposait sur des alternatives à l'annulation du contrat. Au contraire, l'automatisme de la nullité de la procédure en présence d'irrégularité, doublée de la complexité des règles de publicité et de mise en concurrence dont le respect relève souvent de la gageure, constituait une menace pour la sécurité juridique²²⁰⁰.

²¹⁹³ « *De facto*, le nombre de recours a approximativement doublé entre 2003 et 2006, avec un taux de satisfaction de l'ordre d'un tiers, mais largement supérieur si l'on exclut les désistements et les non-lieux. » (B. DACOSTA, Concl. sur CE Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, préc.).

²¹⁹⁴ « Le référé précontractuel rencontre [...] un succès croissant : connu des opérateurs économiques, maîtrisé, voire instrumentalisé par ceux-ci, il est devenu l'un des éléments, et non le moindre, du paysage procédural. » (B. DACOSTA, Concl. sur CE Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, préc.). « Cette priorité donnée au référé précontractuel s'est [...] traduite par un grand succès pratique auprès des requérants, voire par un engouement tel qu'il a fallu en restreindre une utilisation qui avait tendance à devenir abusive » (J. GOURDON et Ph. TERNEYRE, « Peut-on améliorer les référés en matière contractuelle ? », *AJDA* 2014 p. 2055).

²¹⁹⁵ V. en ce sens : B. DACOSTA, Concl. sur CE Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, préc.

²¹⁹⁶ *Ibid.*

²¹⁹⁷ *Ibid.*

²¹⁹⁸ D. CASAS, Concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, *RFDA* 2007 p. 696.

²¹⁹⁹ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545, *Lebon* p. 360 ; concl. D. CASAS, *BJCP* 2007 p. 391 et *RFDA* 2007 p. 696 ; P. CASSIA, *AJDA* 2007 p. 1964 ; P. COSSALTER, *DA* 2007 comm. 242 ; P. DELVOLVÉ, *RJEP* 2007 p. 327 ; F. LENICA et J. BOUCHER, *AJDA* 2007 p. 1577 ; F. MELLERAY, *RDP* 2007 p. 1383 ; F. MODERNE, *RFDA* 2007 p. 923 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, *CMP* 2007 repère 8 et 2008 repère 5 ; J.-P. PIETRI, *CMP* 2008 comm. 254 ; D. POUYAUD et M. CANEDO, *RFDA* 2007 p. 935 ; B. SEILLER, *JCP A* 2007 n° 38 p. 2227 ; M. TOUZEIL-DIVINA, *RGCT* 2008 n° 4 p. 16 ; M. UBAUD-BERGERON, *JCP* 2007 II p. 1016.

²²⁰⁰ « [L]es pièges tendus aux pouvoirs adjudicateurs sont, parfois, à ce point ingénieux que vous êtes contraints de faire preuve d'une certaine hardiesse juridique pour les en faire sortir. [...] En réalité, il est aujourd'hui très difficile pour une collectivité d'avoir la certitude que la conclusion d'un marché ou d'une délégation de service public sera exempte de toute irrégularité. Et les irrégularités relevées par le juge risquent fort de conduire à l'annulation de l'ensemble de la procédure, alors même que chacun sera convaincu, y compris le magistrat, de leur absence totale d'incidence sur le choix effectué par la personne publique. » (B. DACOSTA, Concl. sur CE Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, préc.).

Fort de ce constat, le Conseil d'État a, par la décision *SMIRGEOMES*²²⁰¹ du 3 octobre 2008, retracé les contours des moyens invocables en référé précontractuel, en affirmant « qu'il appartient [...] au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente »²²⁰². Ce principe ainsi posé revient finalement à interpréter scrupuleusement l'article L. 551-10 du Code de justice administrative²²⁰³, auquel s'ajoute désormais l'article L. 551-14 relatif au référé contractuel²²⁰⁴. Rappelons que selon les dispositions précitées, « [l]es personnes habilitées à engager les recours [en référé précontractuel ou en référé contractuel] sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat [...] et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué »²²⁰⁵. Il s'agit là d'une double condition d'accès au juge, exigeant la démonstration d'un intérêt à conclure le contrat (intérêt à agir), ainsi que la justification d'une lésion éventuelle par l'irrégularité soulevée²²⁰⁶. Elle suppose alors d'apprécier l'intérêt à agir au regard des moyens²²⁰⁷. Autrement dit, le concurrent évincé doit être recevable à invoquer le vice dénoncé. Sans aller jusqu'à devoir prouver une lésion effective, le requérant doit invoquer un manquement dont l'incidence sur son sort n'est manifestement pas exclue²²⁰⁸. « Il ne s'agit pas de restreindre indûment l'accès au référé précontractuel, mais de lui restituer sa portée utile »²²⁰⁹.

²²⁰¹ CE Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, n° 305420, *Lebon* p. 324 ; concl. B. DACOSTA, *BJCP* 2008 p. 451 et *RFDA* 2008 p. 1128 ; B. BONNET et A. LALANNE, *DA* 2008 comm. 154 ; S. BRACONNIER, *RDI* 2008 p. 499 ; F. BRENET, *RJEP* 2009 comm. 8 ; P. CASSIA, *AJDA* 2008 p. 2374 ; T. DAL FARRA, *BJCP* 2008 p. 394 ; P. DELVOLVÉ, *RFDA* 2008 p. 1139 ; E. GEFFRAY et S.-J. LIÉBER, *AJDA* 2008 p. 2161 ; S. HUL, *LPA* 21 novembre 2008 p. 15 ; F. LINDITCH, *JCP A* 2008 comm. 2262 ; J.-P. PIÉTRI, *Contrats-Marchés publ.* 2008 comm. 264 ; R. SCHWARTZ, *BJCP* 2008 p. 451.

²²⁰² *Ibid.*

²²⁰³ Art. L. 551-10 CJA.

²²⁰⁴ Art. L. 551-14 CJA.

²²⁰⁵ Arts. L. 551-10 et L. 551-14 CJA.

²²⁰⁶ « Affirmer que doit être accueilli le recours de celui qui n'est pas susceptible d'être lésé par le manquement allégué, c'est purement et simplement neutraliser une condition prévue par le législateur. » (B. DACOSTA, Concl. sur CE Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, préc.).

²²⁰⁷ C'est notamment cette solution qui inspirera la décision *Tarn-et-Garonne* (CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.), dont les conclusions ont été prononcées par le même rapporteur : B. DACOSTA, Concl. sur CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, *RFDA* 2014 p. 425.

²²⁰⁸ B. DACOSTA, Concl. sur CE Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, préc.

²²⁰⁹ *Ibid.*

Quel bilan peut-on dresser après ce « coup d'arrêt »²²¹⁰ à la popularité du référé précontractuel ? Le rapporteur public Bertrand Dacosta en a lui-même établi un rapport dix ans plus tard²²¹¹. « Une donnée est assez marquante : le taux de succès des référés précontractuels devant les [tribunaux administratifs] a, semble-t-il, selon les données disponibles, significativement diminué depuis 2007, passant de plus de 30 % à 15 % du total (et de près de 50 % à 20 % si on retire les désistements et les non-lieux). Il est donc acquis que passent désormais la barre de nombreuses procédures qui auraient été annulées avant 2008, puisqu'il est difficile d'imputer cette diminution à la seule vertu des pouvoirs adjudicateurs »²²¹². Au-delà de ces statistiques, l'analyse de la jurisprudence postérieure à l'ordonnance *SMIRGEOMES*²²¹³ offre l'occasion d'apprécier concrètement les différentes manifestations de la subjectivisation des moyens opérants²²¹⁴ et, *de facto*, de comprendre le nivellement vers le bas du taux de succès du référé précontractuel.

Désormais, le concurrent évincé ne peut plus utilement invoquer un vice purement formel, tel qu'une erreur de localisation du tribunal dans la rubrique « recours » d'un avis d'appel public à la concurrence, alors même qu'il a pu saisir le juge du référé précontractuel²²¹⁵. Il ne peut pas non plus se prévaloir de la violation du règlement de consultation tirée de la modification du critère du prix après le dépôt des offres si celle-ci n'a aucune incidence sur le classement des offres²²¹⁶. Par ailleurs, l'invocabilité du moyen dépend d'une mise en parallèle entre deux éléments : la phase de la procédure à laquelle

²²¹⁰ P. CASSIA, « Coup d'arrêt au référé précontractuel », *AJDA* 2008 p. 2374.

²²¹¹ B. DACOSTA, « Dix ans de *Smirgeomes* », *AJDA* 2018 p. 2000.

²²¹² *Ibid.*

²²¹³ CE Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, préc.

²²¹⁴ V. dans le sens de l'opérance des moyens : B. DACOSTA, Concl. sur CE, 30 septembre 2011, *Région Picardie*, *BJCP* 2011 p. 456 ; P. CASSIA, « Coup d'arrêt au référé précontractuel », préc. ; H. HOEPFNER, *Droit des contrats administratifs*, préc., pp. 869-871. V. dans le sens de la recevabilité des moyens : P. DELVOLVÉ, « Limitation des moyens invocables dans le référé précontractuel », *RFDA* 2008 p. 1139 ; E. GEFFRAY et S.-J. LIÉBER, « Référé précontractuel : une bouffée d'oxygène ? », *AJDA* 2008 p. 2161 ; J.-F. LAFAIX, « La systématisation inachevée du contentieux de la commande publique – Commentaire de l'ordonnance 2009-515 du 7 mai 2009 », *Contrats-Marchés publ.* 2009 ét. 8.

²²¹⁵ Considérant, [...] que si la société [requérante] soutient que la rubrique recours de l'avis d'appel public à la concurrence a été incorrectement renseignée, le pouvoir adjudicateur ayant mentionné tribunal administratif de Nice au lieu de tribunal administratif de Toulon et que les indications relatives aux voies de recours sont entachées d'erreur, il n'est pas établi ni même allégué que la société [requérante], qui a pu utilement saisir le juge du référé précontractuel du tribunal administratif compétent, aurait été lésée ou susceptible d'avoir été lésée par le manquement invoqué » (CE, 4 novembre 2009, *Communauté d'Agglomération de Toulon*, n° 327948).

²²¹⁶ CE, 22 juillet 2016, *Communauté d'agglomération du Centre Littoral*, n° 396597 ; concl. O. HENRARD, *BJCP* 2016 p. 439.

l'irrégularité se rapporte et la phase de la procédure durant laquelle le concurrent a été évincé. En effet, dans le cadre de la passation d'un contrat, il convient de distinguer la phase de candidature²²¹⁷ de la phase d'offre²²¹⁸. Ainsi, lorsque le requérant a été autorisé à présenter une offre, il ne peut invoquer un manquement ayant affecté la phase de sélection des candidatures, puisque la sienne a été retenue (auquel cas il n'aurait pas été admis à présenter son offre)²²¹⁹. Le vice allégué ne peut l'avoir lésé en l'espèce. À l'inverse, si la candidature du concurrent évincé n'est pas recevable, alors il ne peut invoquer une irrégularité relative à la phase d'offre. Dans ce cas en effet, le requérant n'est pas autorisé à présenter une offre. De la même manière, le concurrent évincé ne peut soulever une irrégularité se rapportant à la phase d'offre si la sienne est irrecevable²²²⁰. Le moyen invoqué est insusceptible d'avoir une incidence sur son sort. Jusqu'à récemment, le Conseil d'État allait jusqu'à refuser que le candidat évincé puisse se prévaloir de l'irrégularité de l'offre de l'attributaire notamment lorsque la sienne revêtait également ce caractère²²²¹. Il affirmait, plus largement, « que le choix de l'offre d'un candidat irrégulièrement retenu est susceptible d'avoir lésé le candidat qui invoque ce manquement, à moins qu'il ne résulte de l'instruction que sa candidature devait elle-même être écartée, ou que l'offre qu'il présentait ne pouvait qu'être éliminée comme inappropriée, irrégulière ou inacceptable »²²²². Autrement dit, l'attribution du contrat à un candidat irrégulièrement retenu n'était susceptible d'avoir lésé le requérant, « quel qu'ait été son propre rang de classement à l'issue du jugement des

²²¹⁷ S'agissant des marchés : arts. L. 2141-1 à L. 2142-1 CCP. S'agissant des concessions : arts. L. 3123-1 à L. 3123-21 CCP.

²²¹⁸ S'agissant des marchés : arts. L. 2151-1 à L. 2153-2 CCP. S'agissant des concessions : arts. L. 3124-2 à L. 3124-5 CCP.

²²¹⁹ « [E]u égard à leur portée, et dès lors qu'elles se rapportent à une phase de la procédure antérieure à la sélection de son offre, il ne résulte pas de l'instruction que la société [requérante], dont la candidature a été admise et qui a présenté une offre correspondant à l'objet du marché, soit susceptible d'avoir été lésée ou risqué d'être lésée par les irrégularités ainsi invoquées » (CE, 5 novembre 2008, *Commune de Saint-Nazaire*, n° 310484).

²²²⁰ « [E]n jugeant ainsi que cette société était susceptible d'avoir été lésée, au stade de l'examen des offres, par un manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence tenant à la modification substantielle de la méthode de notation d'un critère de jugement des offres, après avoir relevé que son offre était irrégulière pour un motif étranger à cette modification et qui n'avait pu être affecté par elle, le juge des référés du tribunal administratif de Melun a commis une erreur de droit » (CE Sect., 11 juillet 2008, *Ville de Paris c/ Société Clear Channel France*, préc.).

²²²¹ CE, 11 avril 2012, *Syndicat Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres, Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH)*, n° 354652, *Lebon T.* p. 858 ; concl. N. BOULOUIS, *JCP A* 2012 p. 2327 ; R. GRAND, *AJDA* 2012 p. 790 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2012 comm. 198.

²²²² *Ibid.*

offres »²²²³, qu'à la double condition que la candidature de celui-ci ait été recevable et que son offre soit appropriée, régulière et acceptable²²²⁴.

Dans un souci de conformité avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne²²²⁵, le Conseil d'État a cependant abandonné cette règle par une décision *Société Clean Building*²²²⁶ du 27 mai 2020. Bien que rendue à l'occasion d'un référé contractuel, l'ordonnance s'applique également au référé précontractuel²²²⁷. La solution est logique, les deux voies de recours étant ouvertes aux mêmes requérants²²²⁸. Elle s'aligne en outre avec le contentieux de la validité du contrat²²²⁹. La portée de cet assouplissement dans l'appréciation des moyens invocables doit cependant être mesurée²²³⁰. Le référé précontractuel, comme le référé contractuel, demeurent des recours subjectifs. Pour preuve : la lésion éventuelle du manquement invoqué ne s'apprécie qu'au regard de la seule situation du candidat évincé²²³¹. C'est peu dire que d'en conclure que les conditions d'exercice des référés ne sont pas aisées pour les opérateurs économiques. Le constat est d'autant plus flagrant dans le cadre du référé contractuel, largement contaminé par la jurisprudence *SMIRGEOMES*²²³².

Par nature, l'accès au juge du référé contractuel est sensiblement limité. Son prétoire n'est ouvert qu'en cas d'échec du référé précontractuel en raison de manquements aux obligations fixées afin d'assurer l'efficacité de ce dernier²²³³. Mais ses conditions d'exercice

²²²³ *Ibid.*

²²²⁴ *Ibid.*

²²²⁵ CJUE, 4 juillet 2013, *Fastweb*, aff. C-100/12 ; CJUE, 5 avril 2016, *PFE*, aff. C-689/13 ; CJUE, 5 septembre 2019, *Lombardi*, aff. C-333/18.

²²²⁶ CE, 27 mai 2020, n° 435982, *Société Clean Building*, *Lebon T.* p. 843 ; *AJDA* 2020. 1091.

²²²⁷ *Ibid.*

²²²⁸ Arts. L. 551-10 et L. 551-14 CJA.

²²²⁹ CE, 9 novembre 2018, *Sociétés Cerba et Daklapack Europe B.V.*, n° 420654, *Lebon* p. 407, concl. G. PELLISSIER ; M.-C. DE MONTECLER, *AJDA* 2018 p. 2215 ; M. UBAUD-BERGERON, *Contrats-Marchés publ.* 2019 comm. 24 ; CE 15 mars 2019, *Société anonyme gardéenne d'économie mixte (SAGEM)*, n° 413584, *Lebon* p. 63 ; concl. O. HENRARD, *BJCP* 2019. 189 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2019. 2175 ; S. HUL, *ibid.* actu. 177 ; E. MAUPIN, *AJDA* 2019 p. 606 ; L. SOURZAT, *ibid.* p. 1459 ; P. VILLENEUVE, *AJCT* 2019 p. 294.

²²³⁰ V. notamment en ce sens : S. DOUTEAUD, « Le clair-obscur du référé contractuel », *Contrats-Marchés publ.* 2021 ét. 4.

²²³¹ « [I] n'appartient pas au juge des référés de rechercher si le manquement invoqué a été susceptible de léser davantage le requérant que les autres candidats » (CE, 13 juin 2016, *Société Latitudes*, n° 396403 ; J.-P. PIÉTRI, *Contrats-Marchés publ.* 2016 comm. 219).

²²³² CE Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, préc. Stéphanie Douteaud évoque une « smirgeomisation inavouée » du référé contractuel : S. DOUTEAUD, « Le clair-obscur du référé contractuel », préc.

²²³³ Arts. L. 551-14 et L. 551-15 CJA.

ont encore été restreintes par le mouvement de subjectivisation des moyens invocables. La décision *Grand port maritime du Havre*²²³⁴ subordonne ainsi l'opérance des moyens soulevés à la circonstance qu'ils soient de nature à fonder la nullité du contrat. Le Conseil d'État affirme en effet que « les manquements susceptibles d'être utilement invoqués dans le cadre du référé contractuel sont, comme les sanctions auxquelles ils peuvent donner lieu, limitativement définis aux articles L. 551-18 à L. 551-20 du [Code de justice administrative] »²²³⁵. Les moyens invocables sont alors encore plus limités lorsqu'ils sont soulevés à l'encontre d'un marché passé en procédure adaptée. Ainsi que l'a précisé le Conseil d'État à l'occasion de l'affaire *Société Decremps*²²³⁶, le candidat évincé ne peut utilement invoquer le moyen tiré de l'erreur d'appréciation technique de son offre et de la violation des principes d'égalité de traitement des candidats et des transparences des procédures²²³⁷.

Finalement, l'étude des moyens invocables dans le cadre du référé précontractuel et, le cas échéant, dans le cadre du référé contractuel, relativise la singularité de la place accordée aux concurrents évincés au sein du contentieux contractuel administratif. Elle révèle une effectivité limitée pour ceux qui souhaitent bénéficier d'une seconde chance d'obtenir le contrat à venir ou récemment signé. Et leur recours n'est pas motivé par autre chose. Une fois satisfaites les conditions de recevabilité et d'opérance des moyens, les opérateurs économiques peuvent toutefois obtenir satisfaction. Encore faut-il que le juge administratif

²²³⁴ CE, 19 janvier 2011, *Grand port maritime du Havre*, préc.

²²³⁵ *Ibid.* S'ajoute également l'attribution du contrat à un candidat irrégulièrement retenu : CE, 27 mai 2020, n° 435982, *Société Clean Building*, préc.

²²³⁶ CE, 23 janvier 2017, *Société Decremps BTP*, préc.

²²³⁷ « Considérant [...] que, s'agissant des marchés passés selon une procédure adaptée, qui ne sont pas soumis à l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, de notifier aux opérateurs économiques ayant présenté une offre, avant la signature du contrat, la décision d'attribution, l'annulation d'un tel contrat ne peut en principe résulter que [...] de l'absence des mesures de publicité requises pour sa passation ou de la méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique ; que le juge du référé contractuel doit également annuler un marché à procédure adaptée [...] ou prendre l'une des autres mesures mentionnées [...] dans l'hypothèse où, alors qu'un recours en référé précontractuel a été formé, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas respecté la suspension de signature du contrat [...] ou ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue [dans le cadre d'un référé précontractuel] ; Considérant que pour demander l'annulation du contrat [...] la société [requérante] soutient que le syndicat a irrégulièrement apprécié la valeur technique de son offre et méconnu les principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ; Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit [...] que les manquements dont se prévaut la société requérante ne relèvent d'aucune des hypothèses dans lesquelles le juge du référé contractuel peut exercer son office » (*Ibid.*).

annule la procédure de passation ou le contrat. Or sur ce point également, les espoirs des concurrents évincés restent minces.

B/ La limitation des procédures annulables

À l'occasion du bilan de la jurisprudence *SMIRGEOMES*²²³⁸, le rapporteur public Bertrand Dacosta se réjouissait que le référé précontractuel « demeure un instrument très efficace, lorsque le juge est saisi à temps, pour réguler la passation des contrats de la commande publique, compte tenu de la mission qui lui est dévolue »²²³⁹. Et si l'idée nous venait de lui opposer les conséquences pratiques de la décision²²⁴⁰, il pouvait rétorquer « [qu']en réalité, le principal obstacle au recours à cette procédure ne vient pas de ce que le juge aurait exagérément restreint les moyens invocables devant lui. Il tient, plus prosaïquement, à la difficulté pour le concurrent évincé de le saisir en temps utile lorsque les textes ne prévoient pas une durée minimale entre le choix de l'attributaire et la signature du contrat »²²⁴¹. Pouvait-il seulement affirmer autre chose en tant qu'instigateur de la subjectivisation des moyens invocables dans le cadre du référé précontractuel²²⁴² ? En tout état de cause, l'effectivité relative des procédures de référé est multifactorielle.

Le taux de succès des recours des concurrents évincés est également altéré par les conséquences possibles d'une irrégularité entachant la procédure de passation. Le juge des référés précontractuel et contractuel est un juge de pleine juridiction²²⁴³. À ce titre, il peut prendre des mesures définitives ou provisoires et dispose du pouvoir de statuer *ultra petita*²²⁴⁴. Autrement dit, rien ne garantit au requérant qu'il puisse obtenir satisfaction, y

²²³⁸ CE Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGOMES*, préc.

²²³⁹ B. DACOSTA, « Dix ans de *Smirgeomes* », préc.

²²⁴⁰ V. pour une vision pratique de l'ensemble de la procédure en référé précontractuel : P. MONNIER, « Heurs et malheurs d'un juge des référés précontractuels », *Contrats-Marchés publ.* 2016 dossier 9.

²²⁴¹ B. DACOSTA, « Dix ans de *Smirgeomes* », préc. De ce point de vue, il nous semble que le législateur et le Conseil d'État ont fait le nécessaire afin de garantir une voie de recours aux candidats mal informés : v. *supra*. p. 432 et s.

²²⁴² B. DACOSTA, Concl. sur CE Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, préc.

²²⁴³ H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 872 et 885.

²²⁴⁴ CE, 20 octobre 2006, *Commune d'Andeville*, n° 289234, *Lebon* p. 434 ; concl. D. CASAS, *AJDA* 2006 p. 2340 ; F. DIEU, *AJDA* 2007 p. 782 ; F. LINDITCH, *JCP A* 2006 p. 1301 ; J.-P. PIETRI, *Contrats Marchés publ.* 2006 comm. 331 et 2007 comm. 23 ; C. MAUGÜÉ, *BJCP* 2007 p. 36 ; A. MÉNÉMÉNIS, *DA* 2007 comm. 21 ; CE, 15 décembre 2006, *Société Corsica Ferries*, n° 298618, *Lebon* 566 ; concl. D. CASAS, *BJCP* 2007 p. 116 ; J.-D. DREYFUS, *AJDA* 2007 p. 185 ; G. ECKERT, *Contrats-Marchés publ.* 2007 comm. 53.

compris lorsqu'il se limite à demander une mesure provisoire²²⁴⁵. Lorsqu'est contestée la procédure de passation d'un contrat passé par un pouvoir adjudicateur, le juge du référé précontractuel « peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations »²²⁴⁶. Dans l'hypothèse d'une remise en cause de la procédure de passation d'un contrat passé par une entité adjudicatrice, le juge ne possède pas le pouvoir d'annulation, mais seulement celui « [d']ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations en lui fixant un délai à cette fin. [ou d']enjoindre de suspendre l'exécution de toute décision se rapportant à la passation du contrat ou à la constitution de la société d'économie mixte à opération unique. Il peut, en outre, prononcer une astreinte provisoire courant à l'expiration des délais impartis »²²⁴⁷.

En résumé, le juge du référé précontractuel dispose largement des moyens d'assurer le bon déroulement des procédures de publicité et de mise en concurrence, de sorte à rétablir l'égalité de traitement des candidats, le libre accès à la commande publique et la transparence des procédures²²⁴⁸. Pour celui à qui il importe davantage d'anéantir la passation du contrat afin de bénéficier d'une seconde chance d'en être l'attributaire²²⁴⁹, la plénitude des pouvoirs du juge peut être source de frustration. Celui-ci veille tout particulièrement à prendre la mesure appropriée à l'irrégularité constatée.

Certes, lorsque l'annulation est envisagée, rien ne semble pouvoir y faire obstacle, pas même l'intérêt général. Le Conseil d'État impose une interprétation littérale de l'article L. 551-2 du Code de justice administrative²²⁵⁰, qui dispose que le bilan coût-avantage est

²²⁴⁵ *Ibid.*

²²⁴⁶ Art. L. 551-2 CJA.

²²⁴⁷ Art. L. 551-6 CJA.

²²⁴⁸ Art. L. 3 CCP.

²²⁴⁹ Le juge du référé précontractuel peut tout aussi bien être saisi par un candidat dont la demande se limite à obtenir la suspension de la procédure, la communication de la décision motivée de rejet de son offre ainsi que l'annulation de celle-ci : CE, 15 décembre 2006, *Société Corsica Ferries*, préc.

²²⁵⁰ Art. L. 551-2 CJA.

contrôlé uniquement lorsque le juge projet d'utiliser son pouvoir d'injonction²²⁵¹. Il a ainsi notamment été rappelé, à l'occasion de l'affaire *SYVADE*²²⁵², que « qu'il résulte des termes mêmes de l'article L. 551-2 du code de justice administrative précité, qui transpose la directive du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 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, que si le juge des référés peut ne pas suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat lorsqu'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives résultant de telles mesures de suspension pourraient l'emporter sur leurs avantages, ces dispositions ne sont pas applicables s'il estime que les manquements relevés doivent avoir pour conséquence l'annulation de la procédure »²²⁵³. Ne commet donc pas d'erreur de droit, le juge qui prononce en premier ressort l'annulation d'une procédure de passation, sans rechercher d'office si des considérations d'intérêt général n'y faisaient pas obstacle²²⁵⁴. Il arrive cependant que le juge du référé précontractuel vérifie qu'aucun intérêt public ne s'oppose à l'annulation de la procédure²²⁵⁵, ce qui peut renforcer la motivation de sa décision. Dans d'autres cas, il peut faire preuve de pragmatisme, lorsque l'atteinte à l'intérêt général que pourrait entraîner l'annulation de la procédure est telle qu'il ne peut la prononcer. L'ordonnance rendue le 23 juillet 2010 par le tribunal administratif de Paris en atteste²²⁵⁶. En l'espèce, la direction de la sécurité civile du Ministère de l'Intérieur avait lancé une

²²⁵¹ *Ibid.* : « Le juge peut [...] suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages ». Tel est également le cas dans le cadre du référé contractuel : art. L. 551-17 CJA.

²²⁵² CE, 29 avril 2015, Syndicat de valorisation des déchets de la Guadeloupe (*SYVADE*), préc.

²²⁵³ *Ibid.*

²²⁵⁴ « [L]e moyen tiré de ce que le juge des référés du tribunal de Grenoble aurait commis une erreur de droit et insuffisamment motivé son ordonnance en ne recherchant pas d'office si des considérations d'intérêt public faisaient obstacle à la reprise de la procédure au stade des offres doit être écarté. » (CE, 18 mai 2021, *Société SNBTP*, n° 448618 ; L. ERSTEIN, *JCP A* 2021 act. 346 ; E. MULLER, *Contrats-Marchés publ.* 2021 comm. 259).

²²⁵⁵ « [I]l ne résulte pas de l'instruction, eu égard aux intérêts susceptibles d'être lésés, notamment l'intérêt public tenant à la réhabilitation d'une station d'épuration d'une commune de 330 habitants, que l'annulation de la passation du marché en cause comporterait des conséquences négatives l'emportant sur ses avantages » (TA Clermont-Ferrand, 17 avril 2012, *Société SADE – Compagnie générale de travaux d'hydraulique*, n° 1200587 ; M. UBAUD-BERGERON, *Contrats-Marchés publ.* 2012 comm. 229).

²²⁵⁶ TA Paris, 23 juillet 2010, *Société THK Gokcen Havaçilik İktisadi İşletmesi*, n° 10-12902 ; F. LLORENS, *Contrats-Marchés publ.* 2010 comm. 395.

procédure de passation d'un marché s'inscrivant dans le cadre d'un projet pilote de coopération entre les États pour des missions de lutte contre les feux de forêt sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne. Alors que l'évaluation d'une offre sur la base d'un montant erroné aurait dû déboucher sur l'annulation de la procédure de passation, le juge administratif a estimé, au regard de ses conséquences, qu'il n'était pas opportun de la prononcer, notamment compte tenu de la nature du risque auquel se rapportait le marché²²⁵⁷.

De manière générale, l'annulation d'une procédure de passation est obtenue dans des conditions rigoureuses. Dans une affaire *Ministre des armées*²²⁵⁸ portée devant le Conseil d'État, le tribunal administratif avait annulé la procédure de passation d'un marché au motif « que les candidats n'avaient pas été informés par les documents de la consultation que l'un des sous-critères d'appréciation du critère technique serait apprécié à partir d'éléments devant eux-mêmes être regardés comme des critères d'attribution du marché »²²⁵⁹. En effet, afin d'assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, le pouvoir adjudicateur doit notamment « porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation des sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent, en conséquence, être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection »²²⁶⁰. Le Conseil d'État a cependant cassé l'ordonnance du juge administratif en estimant que les sous-critères d'appréciation n'étaient pas des critères devant être communiqués aux candidats, mais des « mentions [qui] constituaient seulement des éléments d'appréciation, définis par le pouvoir adjudicateur pour préciser ses attentes au regard de chaque critère »²²⁶¹. Dès lors, ils « n'étaient pas susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres, la pondération identique

²²⁵⁷ *Ibid.*

²²⁵⁸ CE, 4 avril 2018, *Ministre des armées*, n° 416577 ; M. TOUZEIL-DIVINA, *JCP A* 2018 act. 359

²²⁵⁹ *Ibid.*

²²⁶⁰ *Ibid.*

²²⁶¹ *Ibid.*

de ces deux éléments manifestant l'intention du pouvoir adjudicateur de ne pas accorder à l'un d'entre eux une importance particulière »²²⁶².

Dans l'hypothèse où le juge du référé précontractuel décide cependant de procéder à l'annulation de la procédure, il veille encore à en limiter les conséquences. Il peut ainsi moduler les effets d'une telle sanction, en procédant seulement à l'annulation partielle de la procédure. Le Conseil d'État censure ainsi pour erreur de droit l'ordonnance du juge du référé annulant l'ensemble de la procédure de passation, lorsque l'irrégularité a été commise au stade de l'examen des offres²²⁶³. Dans ce cas en effet, il estime qu'il n'y a pas lieu d'annuler la procédure antérieure à la phase d'examen des offres²²⁶⁴.

Les conditions d'obtention de l'annulation de la procédure de passation sont plus drastiques encore lorsque le contrat administratif a été conclu, car il est question de prononcer la nullité de celui-ci. Or, l'article L. 551-18 du Code de justice administrative²²⁶⁵ délimite le pouvoir d'annulation du juge du référé contractuel à trois hypothèses²²⁶⁶. La première cause de nullité du contrat repose sur l'absence de publication au Journal officiel de l'Union européenne lorsqu'elle est requise²²⁶⁷ ou sur l'absence totale de publicité²²⁶⁸. Le Conseil d'État accorde une importance particulière à l'interprétation stricte des dispositions législatives. L'*insuffisance* de publicité ne doit pas être confondue avec l'*absence totale* de publicité, seule de nature à entraîner la nullité du contrat²²⁶⁹. Ainsi, la seule insertion d'un avis d'appel à projets dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales, alors qu'il était exigé qu'il soit également inséré dans une publication spécialisée correspondant

²²⁶² *Ibid.*

²²⁶³ CE, 2 mars 2022, *Société Formateurs de Bourbon*, n° 458019 ; F. LINDITCH, *JCP A* 2022 p. 2116 ; M. LORIOU, *AJCT* 2022 p. 330 ; E. MULLER, *Contrats-Marchés publ.* 2022 comm. 158. V. également : CE, 30 septembre 2011, *Département de Haute-Savoie*, n° 350153 ; R. GRAND, *AJDA* 2011 p. 1875 ; J.-P. PIETRI, *Contrats-Marchés publ.* 2011 comm. 333 ; CE, 6 mai 2015, *Syndicat intercommunal pour les transports urbains de la région de Valenciennes*, n° 387544 ; H. HOEPFFNER, *Contrats-Marchés publ.* 2015 comm. 191.

²²⁶⁴ *Ibid.*

²²⁶⁵ Art. L. 551-18 CJA.

²²⁶⁶ *Ibid.*

²²⁶⁷ *Ibid.* V. par ex. : CE, 23 novembre 2011, *Société GIHP Lorraine Transports*, n° 349746, *Lebon T.* p. 1002 ; concl. B. DACOSTA, *BJCP* 2011 p. 27 ; *AJDA* 2011 p. 2542 ; O. DIDRICHE, *AJCT* 2012 p. 260 ; W. ZIMMER, *Contrats-Marchés publ.* 2012 comm. 9 ; CE, 17 décembre 2014, *Communauté de communes du canton de Varilhes*, n° 385033 ; *AJDA* 2015 p. 429 ; F. LINDITCH, *JCP A* 2015 p. 2117 ; M. UBAUD-BERGERON, *Contrats-Marchés publ.* 2015 comm. 54.

²²⁶⁸ Art. L. 551-18 CJA. V. par ex. : CE, 24 mai 2017, *Société Régale des îles*, préc.

²²⁶⁹ CE, 26 juin 2015, *Grand port maritime de la Martinique*, n° 388867 ; concl. B. DACOSTA, *BJCP* 2015 p. 446 ; H. HOEPFFNER, *Contrats-Marchés publ.* 2015 comm. 247.

au secteur concerné ne saurait entraîner l'annulation du contrat. La deuxième cause de nullité en référé contractuel repose par ailleurs sur la méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévue pour la passation de contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique²²⁷⁰. La troisième cause de nullité enfin, est tirée du non-respect du délai de *standstill* ou de l'effet suspensif du référé précontractuel²²⁷¹. Mais elle est subordonnée à la condition que la méconnaissance de ces obligations ait privé le requérant de son droit d'exercer un référé précontractuel et que les obligations de publicité et de mise en concurrence aient été méconnues de manière à affecter ses chances d'obtenir le contrat²²⁷². Au-delà de l'encadrement des motifs d'annulation du contrat dans le cadre du référé contractuel, les chances d'anéantir la passation du contrat sont d'autant plus minces que le juge du référé contractuel dispose cependant, sous certaines conditions²²⁷³, de la faculté de prononcer des sanctions alternatives à la nullité du contrat²²⁷⁴, telles que la résiliation, la réduction de sa durée ou une pénalité financière²²⁷⁵. Partant de l'ensemble de ces éléments, il semblerait bien en effet, pour paraphraser le Professeur Paul Cassia, que le référé contractuel ait fait « beaucoup de bruit pour – presque – rien »²²⁷⁶.

Qu'ils empruntent cette voie de recours subsidiaire ou celle principale du référé précontractuel, les concurrents évincés se heurtent à d'importants obstacles pour remettre en cause la procédure de passation d'un contrat administratif. Cette situation est d'autant plus immuable que le Conseil constitutionnel a estimé que les conditions de recevabilité des référés, certes relativement favorables aux opérateurs économiques²²⁷⁷, mais aussi d'opérance des moyens, dans le cadre des référés précontractuel et contractuel ne

²²⁷⁰ Art. L. 551-18 CJA.

²²⁷¹ *Ibid.*

²²⁷² *Ibid.*

²²⁷³ Art. L. 551-19 CJA : « [S]i le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général. Cette raison ne peut être constituée par la prise en compte d'un intérêt économique que si la nullité du contrat entraîne des conséquences disproportionnées et que l'intérêt économique atteint n'est pas directement lié au contrat, ou si le contrat porte sur une délégation de service public ou encore si la nullité du contrat menace sérieusement l'existence même d'un programme de défense ou de sécurité plus large qui est essentiel pour les intérêts de sécurité de l'État ».

²²⁷⁴ *Ibid.*

²²⁷⁵ *Ibid.*

²²⁷⁶ P. CASSIA, « Le référé contractuel : beaucoup de bruit pour – presque – rien », in *Mélanges Richer*, LGDJ, 2013 p. 562.

²²⁷⁷ V. *supra*. p. 424 et s.

méconnaissaient pas le droit à un recours juridictionnel effectif²²⁷⁸. L'ensemble des règles applicables à ces procédures, notamment relatives à l'articulation entre les deux voies de recours, se justifient par l'objectif d'intérêt général s'attachant à éviter une remise en cause trop fréquente des contrats signés et à assurer la sécurité juridique des relations contractuelles²²⁷⁹.

²²⁷⁸ CC, 2 octobre 2020, *Société Méduane Habitat*, Société Bâtiment mayennais, n° 2020-857 QPC ; *AJDA* 2020 p. 1881 ; F. CAFARELLI, *AJDA* 2021 p. 286 ; J. DIENTENHOEFFER, *Contrats-Marchés* publ. 2020 comm. 345 ; J.-D. DREYFUS, *AJ Contrat* 2020 p. 566 ; P.-Y. GAHDOUN et M. UBAUD-BERGERON, *RFDA* 2021 p. 1 ; S. HUL, *JCP A* 2020 p. 2294 ; E. MULLER, *JCP G* 2020 p. 1259. Rendue sur renvoi de la Cour de cassation.

²²⁷⁹ *Ibid.*

CONCLUSION DU CHAPITRE

La présence de certaines voies de recours réservées à des catégories particulières de tiers au sein du contentieux contractuel administratif instaure inévitablement une inégalité de traitement entre les requérants. Mais l'articulation de ces procédures spécifiques avec le recours en contestation de la validité du contrat administratif ouvert à tous ceux justifiant d'un intérêt lésé²²⁸⁰ permet de mesurer l'ampleur de l'écart qui sépare les catégories de tiers. En l'état actuel de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*²²⁸¹, le préfet et les élus locaux bénéficient de conditions d'ouverture du recours qui les érigent au rang de tiers privilégiés. Le représentant de l'État dispose, en raison des intérêts dont il a la charge, d'un déferé préfectoral intégré dans le recours global des tiers contre le contrat administratif, d'où l'accès facilité au juge du contrat. Il bénéficie de surcroît d'un déferé-suspension favorisant l'exercice de recours principal. Son statut privilégié doit cependant être relativisé, dès lors qu'il mobilise peu les voies d'actions qui lui dédiées et qu'il s'attache surtout à remplir un rôle préventif de vigie du principe de légalité. Parmi les tiers avantagés donc, ce sont surtout les élus locaux qui se situent en première position, y compris parce qu'ils obtiennent plus aisément la suspension d'un contrat administratif²²⁸². La crainte d'une politisation du recours « Tarn-et-Garonne » peut alors s'avérer fondée.

Les avantages contentieux ne sont toutefois pas l'apanage des seuls garants de l'intérêt général. La prégnance du droit de l'Union européenne dans le droit des contrats administratifs a contribué à l'institutionnalisation de recours consacrés aux respects des principes de la commande publique et, ainsi, de référés spécialement ouverts aux concurrents évincés des procédures de passation. Les efforts conjoints du législateur et du Conseil d'État ont permis, au profit des opérateurs économiques, d'élargir la recevabilité des référés et d'assurer leur efficacité. L'attrait suscité par ces procédures a cependant déclenché une restriction des conditions de leur exercice, tout particulièrement des moyens

²²⁸⁰ CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

²²⁸¹ *Ibid.*

²²⁸² V. *supra*. p. 391 et s.

invocables. Quand on sait pourtant que « dans le cadre d'un recours « Tarn-et-Garonne », le rapport direct entre les vices invoqués et l'intérêt lésé, c'est-à-dire le motif d'éviction, est apprécié plus sévèrement qu'en référé précontractuel »²²⁸³, il faut en conclure que l'avantage des concurrents évincés sur les autres tiers est mince. Il l'est d'autant plus que le référé-suspension dont peut être assorti le recours contre le contrat administratif leur est rarement favorable, précisément parce qu'ils disposent d'autres référés²²⁸⁴. Une vision optimiste du contentieux contractuel administratif nous amènerait à conclure que les référés précontractuel et contractuel rétablissent une certaine égalité entre les tiers ordinaires et les opérateurs économiques, dont les chances de succès face aux juges du contrat et du référé-suspension sont plutôt relatives. Une vision plus pessimiste nous forcerait à constater qu'ils sont définitivement les tiers sacrifiés par le Conseil d'État.

Qu'en serait-il alors dans l'hypothèse d'un accès plus large au prétoire du juge du contrat, tel que proposé dans cette étude ? Assurément, l'ouverture du recours en contestation de la validité du contrat administratif serait plus égalitaire. Le contentieux contractuel administratif ne le serait toujours pas parfaitement, le préfet et les concurrents évincés disposant toujours de voies de recours additionnelles et inébranlables. Cette hétérogénéité entre les différentes catégories de tiers trouverait cependant une légitimité au sein de la notion de tiers. Cela suppose toutefois d'accepter qu'elle ne sera jamais uniforme. Le représentant de l'État, nonobstant l'évolution des modalités du contrôle de légalité, devra toujours assurer celui-ci au nom de l'unité de l'État. Les concurrents évincés quant à eux, occuperont constamment une place singulière dans le processus de formation du contrat.

²²⁸³ S. EUSTACHE et L. JANICOT, « Retour sur les transformations contemporaines du contentieux de la validité des contrats administratifs », *DA* 2018 ét. 4. « [D]ans la mesure où les vices invoqués doivent être « en rapport direct avec son éviction », le concurrent évincé doit avoir *effectivement* pâti du manquement. Il en résulte que si la jurisprudence *SMIRGEOMES* inspire le juge du contrat, son appréciation apparaît plus stricte encore, car il ne semble pas se contenter de rechercher si le manquement invoqué est susceptible d'avoir lésé le requérant (et encore moins risquait de le léser) fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente. Le juge du contrat, se prononçant *a posteriori*, recherche si le manquement est en rapport direct avec l'éviction. Autrement dit, le manquement a directement conduit à l'éviction, en empêchant le concurrent de présenter sa candidature ou de déposer une offre, ou en empêchant d'apprécier la juste valeur de son offre, dans des conditions égalitaires, etc. » (J.-F. LAFAIX, « La jurisprudence Tarn-et-Garonne appliquée aux concurrents évincés », *AJDA* 2016 p. 1120).

²²⁸⁴ « [I]l y a une certaine logique à ce que le candidat évincé qui n'a pas voulu ou n'a pas pu empêcher la passation du contrat dans le cadre de ces référés spéciaux ne puisse pas suspendre les effets du contrat dans les conditions du référé suspension de droit commun. » (H. HOEPPFNER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 1014). V. également en ce sens : J. GOURDOU et Ph. TERNEYRE, « Peut-on améliorer les référés en matière contractuelle ? », *AJDA* 2014 p. 2055.

Ayant vocation à être partis à sa conclusion, ils se situent parmi les tiers les plus proches de la sphère contractuelle, après les cocontractants. Ils sont les opérateurs économiques à qui l'Administration fait appel afin de réaliser les politiques publiques. Les tenir à l'écart du contentieux contractuel reviendrait alors à négliger leur rôle dans la mise en œuvre de l'action administrative. Le contrat administratif emporte des effets à l'égard des tiers, dont on ne saurait juger l'intensité, mais dont il est essentiel de tenir compte de la nature.

CONCLUSION DU TITRE

L'appréhension du recours des tiers contre le contrat administratif dans l'ensemble plus vaste du contentieux contractuel au contrat mène à plusieurs conclusions, qui dépendent de l'ouverture des autres voies de recours dont disposent les tiers.

Il existe en effet, au côté du recours « Tarn-et-Garonne », certaines voies d'action accessibles à tous les tiers, qui leur offrent encore l'opportunité de contester indirectement le contrat administratif ou de perturber son exécution. Tel est notamment le cas du recours en excès de pouvoir contre les actes détachables n'ayant pas été intégrés dans le champ d'application du recours des tiers contre le contrat administratif. Tel est encore le cas du recours de plein contentieux contre la décision de refus de résiliation, qui laisse entrevoir la possibilité que les tiers puissent à l'avenir s'immiscer dans l'exécution du contrat. Conscient des inconvénients de l'existence de ces voies de recours, le Conseil d'État, comme les juges du fond, oeuvrent à une amélioration de la situation. Ainsi notamment, les inconvénients liés au contentieux des actes détachables (l'absence de délai de recours dans certaines hypothèses) peuvent être atténués par l'instauration d'un délai raisonnable. Ainsi encore, certains juges suggèrent l'idée de fermer tout recours des tiers contre les mesures d'exécution du contrat. En tout état de cause, ces décisions témoignent de l'intérêt d'instaurer une typologie des actes attaquables devant le juge du contrat afin de sécuriser l'action administrative contractuelle²²⁸⁵. Le référé-suspension peut en outre participer à cet effort de stabilisation, sous réserve toutefois que les conditions d'obtention de la suspension du contrat administratif vraisemblablement illégal soit révisées.

Par ailleurs, le recours des tiers contre le contrat administratif cohabite également avec des voies de recours ouvertes seulement à certains tiers : le déféré préfectoral et les référés précontractuel et contractuel réservés aux concurrents évincés. La mise à disposition de recours supplémentaires créée inévitablement, au sein du contentieux contractuel administratif, une inégalité entre les tiers. Celle-ci doit cependant être relativisée : le préfet

²²⁸⁵ V. *supra*, p. 93 et s.

exploite à peine le déferé et les référés des concurrents évincés s'appliquent dans des conditions visiblement plus strictes que le recours « Tarn-et-Garonne ». Et dans tous les cas, le contrat administratif entraînera toujours des effets d'intensité et de nature différente en fonction de la qualité du tiers. Même une ouverture plus importante du recours en contestation de la validité du contrat n'y changera rien.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

La première partie de cette étude a notamment démontré l'intérêt de réajuster l'ouverture du recours des tiers contre le contrat administratif, en conceptualisant les actes attaquables par les tiers dans le cadre du recours de plein contentieux et en ouvrant davantage le prétoire du juge du contrat, afin de permettre aux tiers de défendre des intérêts collectifs, voire publics. La seconde partie de la présente étude offre l'occasion d'éprouver la pertinence de cette proposition.

L'office du juge du contrat est défini en fonction de l'objectif de stabilité des relations contractuelles. Lorsqu'il est saisi par les tiers, il mobilise en premier lieu son pouvoir d'appréciation de l'intérêt à agir et des moyens invocables. Mais cette technique conduit inévitablement à ignorer certaines irrégularités entachant le contrat administratif, lequel peut alors faire l'objet d'une contestation ultérieure. Une plus large ouverture du recours « Tarn-et-Garonne » offrirait l'avantage de neutraliser les contrats administratifs illégaux et surtout de les purger de toute irrégularité. Elle renforcerait la légitimité de l'action administrative. La richesse de l'office du juge permet largement de maintenir la plupart des contrats administratifs irréguliers. La tendance à l'amenuisement des vices de nature à entraîner la disparition du contrat le confirme.

Par ailleurs, l'articulation du recours « Tarn-et-Garonne » avec les autres voies d'action dont disposent les tiers témoigne de l'intérêt de rechercher des techniques de stabilisation du contrat administratif en dehors du seul recours des tiers contre le contrat administratif. Si la conceptualisation des actes attaquables par les tiers contribuerait à renforcer la sécurité des relations contractuelles, en l'état actuel de la jurisprudence, aucune définition n'a été proposée par le Conseil d'État. Mais celui-ci, comme les juges du fond, semble rechercher des solutions permettant de pallier les inconvénients relatifs à la théorie des actes détachables, en intégrant dans le champ d'application du recours « Tarn-et-Garonne » les contrats signés après le 4 avril 2014 ou en mobilisant la notion de délai raisonnable de recours. Reste que le référé-suspension demeure inexploité, alors qu'il pourrait également contribuer à la stabilité des relations contractuelles.

Enfin, l'existence de voies de recours réservées à certains tiers témoigne d'une conception différente de chaque catégorie à laquelle ils appartiennent, mais également de la place qu'ils occupent par rapport au contrat. Or, cette place détermine leur rôle au sein du contentieux contractuel administratif. Une ouverture plus large du recours « Tarn-et-Garonne » implique de tenir compte de la nature des effets du contrat à leur égard. Ainsi notamment, le préfet et les élus locaux représentent l'intérêt général, d'où la nécessité de ne pas modifier leurs conditions d'accès au prétoire du juge du contrat. Les opérateurs économiques ont quant à eux vocation à être partie au contrat, à collaborer avec l'administration pour l'exécution de services ou de travaux publics. Leurs intérêts sont de nature patrimoniale, ce qui justifie un droit éventuel à indemnisation en cas d'éviction irrégulière. Par ailleurs, l'Union européenne accorde une importance particulière au respect des règles de la commande publique et légitime ainsi un traitement différencié par rapport aux autres tiers. En tout état de cause, une modification des conditions d'accès des tiers au juge du contrat permettra à chaque catégorie de tiers (opérateurs économiques, préfet, élus, usagers du service public, contribuables locaux, etc.) de défendre les intérêts qu'ils représentent, dans le respect de la nature des effets du contrat à leur égard.

CONCLUSION GÉNÉRALE

La notion de contrat administratif se définit à l'aune de son caractère exorbitant et plus largement, de sa dimension publique. Instrument de l'action administrative, sa finalité repose sur la satisfaction de l'intérêt général et l'exécution du service public. L'efficacité de l'action administrative contractuelle suppose donc un environnement stable d'un point de vue juridique et *a fortiori* matériel. Le principe de continuité du service public et l'intérêt général ne peuvent tolérer que les actes de l'administration soient remis en cause de manière inopinée, en particulier par les personnes extérieures à la situation juridique ainsi créée. Cela est d'autant plus vrai pour le contrat administratif, parce qu'il fait appel à un tiers et engage ainsi les deniers publics. En outre, dès lors que l'administration a besoin de faire appel à des opérateurs économiques, il apparaît indispensable de créer entre ces derniers et la personne publique un climat de confiance. Si les opérateurs économiques sont dissuadés d'apporter leur concours à l'action administrative, il reviendra à la collectivité de prendre en charge un service public ou d'assurer l'exécution de travaux par exemple, au détriment du contribuable. En effet, l'utilisation du procédé contractuel n'est pas seulement motivée par la recherche de compétences extérieures, elle est également justifiée par un souci de bonne gestion des deniers publics.

L'ancienne configuration du contentieux contractuel administratif ne permettait pas d'instaurer un climat favorable à l'efficacité de l'action administrative contractuelle. En contrariant l'exécution du service public et plus largement la satisfaction de l'intérêt général, elle fragilisait la notion de contrat administratif. Modifiant la conception juridictionnelle de celle-ci, le Conseil d'État a progressivement réformé l'ensemble du contentieux contractuel administratif, de sorte à assurer la stabilité des relations contractuelles. L'ouverture à l'ensemble des tiers d'un recours de plein contentieux en contestation de la validité du contrat administratif est sans doute le symbole le plus fort de cette profonde mutation. Elle semble redonner un sens à la notion de contrat administratif, en tenant compte de sa finalité, mais également de ses effets.

Le recours « Tarn-et-Garonne » témoigne de la reconnaissance des effets du contrat administratif à l'égard des tiers, en ce qu'il est notamment ouvert à ceux justifiant d'un intérêt lésé par la passation du contrat, mais également de leur rôle au sein du contentieux contractuel. Le recours des tiers contre le contrat administratif assure par ailleurs l'efficacité de l'action administrative contractuelle en raison des conditions d'ouverture et d'exercice dont il est assorti. Il assure largement la stabilité des relations contractuelles, d'une part, en contrôlant l'accès des tiers au prétoire du juge du contrat ; d'autre part, en soumettant l'appréciation de la légalité du contrat à un juge de plein contentieux, dont l'office repose sur la recherche de solutions alternatives à l'annulation du contrat.

Pourtant, la stabilité du contrat administratif s'avère être assurée au détriment des tiers. L'office du juge du contrat saisi par l'un d'entre eux n'a pas vraiment fait l'objet d'une révolution, puisqu'il avait déjà été défini antérieurement par le Conseil d'État²²⁸⁶. La principale nouveauté réside donc dans les conditions d'ouverture du recours contre le contrat, auxquelles les tiers doivent répondre. Ce sont précisément ces conditions qui restreignent l'accès des tiers au juge du contrat. Les concurrents évincés de la passation du contrat sont les plus touchés par cette évolution, alors qu'ils constituent les opérateurs économiques participant à l'action administrative contractuelle. Sur ce point, le recours « Tarn-et-Garonne » dénature finalement la notion de contrat administratif, en occultant en partie les effets qu'il provoque à l'égard des tiers.

Par ailleurs, le recours des tiers contre le contrat administratif poursuit la tendance jurisprudentielle à vider de sa substance le principe de légalité au nom de la stabilité des relations contractuelles. Or, la pérennité de contrats administratifs illégaux conduit à affaiblir la légitimité de l'action administrative.

Le prix à payer pour garantir la stabilité du contrat administratif est particulièrement élevé. Il l'est d'autant plus que le recours des tiers contre le contrat administratif n'atteint pas toujours cet objectif, alors qu'il existe d'autres moyens d'y parvenir. Tel est le sens de

²²⁸⁶ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

notre démonstration. Tel est également l'intérêt de proposer un changement de paradigme. Il convient d'ouvrir plus largement le prétoire du juge du contrat, d'une part, afin de tenir compte des intérêts collectifs et publics mis en jeu par l'action publique contractuelle ; d'autre part, afin de reconnaître les irrégularités éventuelles qui entachent le contrat administratif. L'objectif ici n'est pas de perturber la stabilité des relations contractuelles. Au contraire, la reconnaissance des vices affectant le contrat permet de l'assainir et d'éviter sa remise en cause ultérieure. Pour sécuriser davantage l'action administrative, il convient ainsi en premier lieu, de redéfinir l'office du juge du contrat, en particulier en développant son pouvoir de régularisation ; en second lieu, de fermer toute voie de recours contre les actes détachables qui constituent une menace pendante à la stabilité des relations contractuelles voire une ingérence au sein de celles-ci.

Finalement, l'efficacité de l'action administrative contractuelle, autrement dit la continuité du service public, la bonne gestion des deniers publics et la satisfaction de l'intérêt général, ne sont incompatibles ni avec la reconnaissance des intérêts collectifs ou publics représentés par les tiers au contrat ; ni avec le respect du principe de légalité, qui conditionne la légitimité de l'action publique.

Il nous semble que ce rééquilibrage des intérêts en présence, en ce qu'il permet à l'action administrative contractuelle de se déployer dans un environnement stable, tout en offrant aux tiers au contrat les moyens d'assurer la défense d'intérêts plus objectifs et de contrôler la légitimité des actes de l'administration, correspondrait davantage à la notion de contrat administratif. Celle qui définit le contrat administratif comme un acte pris par l'administration pour satisfaire l'intérêt général, qui suppose alors d'être en mesure d'atteindre ce but. Celle qui révèle que le contrat administratif produit des effets à l'égard des tiers, dont il faut tenir compte, y compris pour légitimer l'action administrative contractuelle.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES, TRAITÉS ET MANUELS

AUBY (J.-M.) et DRAGO (R.), *Traité des recours contentieux*, Litec, 1992, 686 p.

BÉNOIT (F.-P.), *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, 898 p.

BROYELLE (C.), *Contentieux administratif*, 10^e éd., LGDJ, 2022-2023, 570 p.

CHAPUS (R.),

- *Droit administratif général*, Tome 1, 15^e éd., Montchrestien, 2001, 1427 p.
- *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^e éd., 2008, 1560 p.

CHEVALLIER (J.), *Le Service public*, PUF, 1971, 95 p.

DE LA ROSA (S.), *Droit européen de la commande publique*, 2^e éd., Bruylant, 2020, 465 p.

DUBREUIL (C.-A.), *Droit des contrats administratifs*, PUF, 2022, 588 p.

DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, Tome III, 3^e éd., Éditions de Boccard, 1928, 900 p.

DUMONT (G.) et SIRINELLI (J.), *Droit administratif*, 14^e éd., Dalloz, 2021, 690 p.

FAURE (B.), *Droit des collectivités territoriales*, 6^e éd., Dalloz, 2021, 864 p.

FAVOREU (L.), DUFFY-MEUNIER (A.), FASSASSI (I.) *et. al.*, *Droit des libertés fondamentales*, 8^e éd., Dalloz, 2021, 720 p.

GHESTIN (J.), JAMIN (C.) et BILLIAU (M.), *Traité de Droit civil – Les effets du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 2001, 1360 p.

GUÉZOU (O.), *Traité du contentieux de la commande publique*, 2^e éd., Le Moniteur, 2018, 880 p.

GUYOMAR (M.) et SEILLER (B.), *Contentieux administratif*, 6^e éd., Dalloz, 2021, 674 p.

HENNETTE-VAUCHEZ (S.) et ROMAN (D.), *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz, 2020, 800 p.

HOEPFFNER (H.), *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., Dalloz, « Cours », 2019, 972 p.

- HOUTCIEFF (D.), *Droit des contrats*, Larcier, 2022, 794 p.
- JANICOT (L.) et VERPEAUX (M.), *Droit des collectivités territoriales*, 2^e éd., LGDJ, 2021, 558 p.
- JÈZE (G.),
- *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, Tome II, LGDJ, 1932, 341 p.
 - *Les Principes généraux du droit administratif : Le Fonctionnement des services publics*, Tome III, Dalloz, 1926, 519 p.
- LAFFERRIÈRE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^e éd., t. II, Berger-Levrault, 1896, 709 p.
- LARROUMET (C.) et BROS (S.), *Traité de droit civil – Tome 3*, 8^e éd., Economica, 2016, 1010 p.
- LAUBADÈRE (A. DE),
- *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, LGDJ, 1956, 383 p.
 - *Traité des contrats administratifs*, Tome 1, 1956, LGDJ, 384 p.
- LAUBADÈRE (A. DE), MODERNE (F.) et DELVOLVÉ (P.), *Traité des contrats administratifs*, Tome II, LGDJ, 2^e éd., 1984, 1124 p.
- MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit des obligations*, 12^e éd., LGDJ, 2022, 906 p.
- MONSEMBERNARD (M. DE), *Contentieux de la commande publique*, Dalloz, « Dalloz corpus », 2019, 432 p.
- ODENT (R.), *Contentieux administratif*, rééd. Dalloz, 2007, Tome I, 1051 p. et Tome II, 783p.
- PACTEAU (B.), *Traité de contentieux administratif*, PUF, 2008, 648 p.
- PERRIN (A.), *Contentieux administratif*, 2^e éd., Dalloz, « Mémentos », 2021, 300 p.
- PLESSIX (B.), *Droit administratif général*, 4^e éd., LexisNexis, 2022, 1788 p.
- PRIET (F.), FERSTENBERT (J.) et QUILICHINI (P.), *Droit des collectivités territoriales*, 2^e éd., Dalloz, 2016, 844 p.
- RICCI (J.-C.) et LOMBARD (F.), *Droit administratif des obligations*, Sirey, 2018, 616 p.
- RICHER (L.) et LICHÈRE (F.), *Droit des contrats administratifs*, 12^e éd., LGDJ, 2021, 834 p.
- TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil – Les obligations*, 13^e éd., Dalloz, 2022, 2140 p.
- TRUCHET (D.), *Droit administratif*, 8^e éd. PUF, 2019, 519 p.

UBAUD-BERGERON (M.), *Droit des contrats administratifs*, 4^e éd., LexisNexis, 2022, 535 p.

WALINE (M.), *Droit administratif*, 7^e éd., Sirey, 1957, 292 p.

WALINE (J.), *Droit administratif*, 28^e éd., Dalloz, 2020, 850 p.

II. THÈSES

AMILHAT, (M.), *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, Thèse, Bruylant, 2014, 680 p.

BOURDON (P.), *Le contrat administratif illégal*, L. RICHER (préf.), Dalloz, « Nouvelle bibliothèque de thèses », v. 131, 2014, 938 p.

BOUSQUET (J.), *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, M. UBAUD-BERGERON (préf.), LGDJ, « BDP », t. 310, 2019, 642 p.

BRENET (F.), *Recherches sur l'évolution du contrat administratif*, Thèse dactyl., Poitiers, 2002.

CIAUDO (A.), *L'irrecevabilité en contentieux administratif français*, M. DEGUERGUE (préf.), L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2010, 570 p.

CUBAYNES (C.), *La durée des contrats administratifs*, Thèse, LGDJ, 2022, 528 p.

DOUTEAUD (S.), *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, P. TERNEYRE (préf.), LGDJ, « BDP », t. 327, réact. 2022, 864 p.

GREMAUD (W.), *La régularisation en droit administratif*, B. SEILLER (préf.), Dalloz, « Nouvelle bibliothèque de thèses », v. 205, 2021, 508 p.

GUILBAUD (T.), *Le contentieux des tiers au contrat administratif*, Thèse dactyl., Paris I, 2016.

HOEPFFNER (H.), *La modification du contrat administratif*, Y. GAUDEMET (préf.), LGDJ, « BDP », t. 260, 2009, 586 p.

JURVILLIERS-ZUCCARO, (E.), *Le tiers en droit administratif*, Thèse dactyl., Nancy, 2010.

LAFaix (J.-F.), *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, É. FATÔME (préf.), Dalloz, « Nouvelle bibliothèque de thèses », v. 87, 2009, 768 p.

LANGELIER (E.), *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, C. BOITEAU (préf.), LGDJ-Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2012, 894 p.

LAROQUE (P.), *Les usagers des services publics industriels*, Thèse, Sirey, 1933, 237 p.

LEPETIT-COLLIN (H.), *Recherches sur le plein contentieux objectif*, Y. GAUDEMET (préf.), LGDJ, « BDP », t. 269, 2011, 598 p.

LOMBARD (F.), *La cause dans le contrat administratif*, J.-C. RICCI (préf.), Dalloz, « Nouvelle bibliothèque de thèses », v. 77, 2008, 484 p.

MELLERAY (F.), *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions administratives à compétence générale*, J. DU BOIS DE GAUDUSSON (préf.), LGDJ, « BDP », t. 212, 2001, 466 p.

PÉQUIGNOT (G.), *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, Thèse, Pedone, 1945, 625 p.

PERRIN (A.), *L'injonction en droit public français*, P. DELVOLVÉ (préf.), Éd. Panthéon-Assas, 2009, 918 p.

PLESSIX (B.), *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, J.-J. BIENVENU (préf.), Éd. Panthéon-Assas, 2003, 880 p.

POUYAUD, D., *La nullité des contrats administratifs*, P. WEIL (préf.), LGDJ, 1991, 598 p.

TALLET-PREUD'HOMME, (L.), *L'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat*, P. CASSIA (préf.), L'Harmattan, 2014, 530 p.

III. ARTICLES, FASCICULES ET CONTRIBUTIONS

ADNOT (S.), « Les observations dans le cadre du contrôle de légalité », in V. BOUHIER (dir.), *L'intervention des tiers dans les contrats administratifs*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2020, p. 25.

AGNUS (O.),

- « Plaidoyer pour une *Smirgeomisation* des Tropics », *AJDA* 2013, p. 1268.
- « Pour un grand soir du contentieux de la passation des contrats publics », *AJDA* 2014, p. 2044.

ALLAIRE (F.), « L'accès des PME à la commande publique », in E. MULLER (dir.), *La commande publique, un levier pour l'action publique ?*, Dalloz, 2018, p. 139.

AMILHAT (M.), « Les tiers au contrat ne peuvent se prévaloir que des clauses réglementaires de ce dernier ... et elles sont strictement définies ! », *JCP A* 2014, comm. 2154.

ANDREANI (J.), « Le « pouvoir de ne rien faire » ou la faculté de décider de l'exécution d'un contrat illégal », *Contrats-Marchés publ.* Octobre 2012, comm. 294.

BAHOUGNE (L.), « Identification du service public » in *Répertoire du service public*, Dalloz, n° 67.

BALAT (N.), « Forclusion et prescription », *RTD Civ.* 2016, p. 751.

BÉNOIT (F.-P.), « De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs », *JCP* 1963 I, p. 1775.

BLANCO (F.), « L'action de groupe en reconnaissance de responsabilité devant le juge administratif », *AJDA* 2016, p. 2256.

BODA (J.-S.), « Recours Tarn-et-Garonne et concession de distribution publique d'électricité : la leçon de droit du Conseil d'État », *JCP A* 2021, p. 2022.

BOULOUIS (N.), « Le contrat public au service du développement durable : limites et perspectives », *RFDA* 2014, p. 617.

BOURDON (P.),

- « Contrat administratif et régularisation(s) », in *Mélanges en l'honneur de Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 499.
- « Le contentieux du contrat administratif illégal après la décision Tarn-et-Garonne », *JCP G* Juin 2014, doct. 732.

BOUSQUET (J.),

- « La pérennité de la théorie des actes détachables du contrat administratif : l'exemple de la décision d'approbation », *DA* 2017, comm. 14.
- « Le principe de la relativité de la faute contractuelle en droit administratif », *RFDA* 2018, p. 1041.
- « L'effet relatif des contrats administratifs. À propos de décisions récentes. », *RFDA* 2020, p. 443.

BRACONNIER (S.) et BRENET (F.), « Le contentieux des contrats publics d'affaires (2^e partie) – Le nouveau recours en contestation de la validité du contrat administratif « à procédure » », *Contrats-Marchés publ.* Décembre 2007, prat. 8.

BRACONNIER (S.),

- « Élargissement du recours *Tropic* », *RDI* 2012, p. 398.
- « Le nouveau visage du contentieux des contrats administratifs », *RDI* 2014, p. 344.

BRENET (F.),

- « Libres propos sur la « judiciarisation » du contrat administratif : un nouveau juge pour un nouveau contrat administratif ? », in *Mélanges en l'honneur de Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 529.
- « L'avenir du contentieux des actes détachables en matière contractuelle », *AJDA* 2014, p. 2061.
- « L'élargissement du recours *Tropic* aux tiers justifiant d'un intérêt lésé », *DA* 2014, comm. 36.

BRETONNEAU (A.) et LESSI (J.), « Contentieux contractuel : la révolution rentre au port », *AJDA* 2014, p. 1035.

CAILLE (P.), « La place redéfinie du juge dans le contentieux de l'exécution », in V. BOUHIER et D. RICCARDI (dir.), *L'exécution des contrats administratifs*, Le Moniteur, 2018, p. 187.

CANEDO-PARIS (M.), « Contrats administratifs et sécurité juridique : nouvelles avancées jurisprudentielles », *RFDA* 2007, p. 935.

CARPENTIER (E.), « Que reste-t-il du recours pour excès de pouvoir en matière d'autorisations d'urbanisme ? », *RDJ* 2015, p. 606.

CASAS (D.) et DELVOLVÉ (P.), « Un nouveau juge pour le contrat administratif », *RJEP* 2007, dossier 1.

CASSIA (P.),

- « Coup d'arrêt au référé précontractuel », *AJDA* 2008, p. 2374.
- « Le référé contractuel : beaucoup de bruit pour – presque – rien », in *Mélanges en l'honneur de Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 558.

CHEVALLIER (J.),

- « L'intérêt général dans l'administration française », *RISA* 1975 p. 325.
- « Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ? », in *Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 83.
- « Contractualisation(s) et action publique », *RFDA* 2018, p. 209.

CLAMOUR (G.),

- « Esquisse d'une théorie générale des contrats publics », in *Contrats publics : Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Presses de la Faculté de Droit de Montpellier, 2006, t. II., p. 637.
- « Tiers et responsabilité(s) liée(s) au contrat public », in *Mélanges en l'honneur de Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 325.

COLLIARD (C.-A.), « La notion d'acte détachable et son rôle dans la jurisprudence du Conseil d'État », in *L'évolution du droit public : études offertes à Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 115.

DACOSTA (B.),

- « Table ronde [à propos de l'arrêt CE, Ass. 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne] », *RDJ* 2014, p. 1148.
- « Esquisse d'une typologie des requérants en matière contractuelle », *AJDA* 2014, p. 2049.
- « L'accès des PME aux marchés publics dans la nouvelle directive marchés publics », *BJCP* 2014, p. 323.
- « Regard d'un juge administratif sur l'intérêt à agir dans le contentieux contractuel », in *L'accès au juge : l'intérêt à agir*, LGDJ, 2016, p. 124.
- « Dix ans de *SMIRGEOMES* », *AJDA* 2018, p. 2000.

DARCY (G.), « Variations sur l'acte détachable du contrat », in *Contrats publics : Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Université Montpellier I, 2006, p. 503.

DAUMAS (V.), « Le pouvoir de l'administration de régulariser ses actes illégaux : la jurisprudence en chantier », *DA* 2017, ét. 4.

DEGUERGUE, (M.), « Intérêt général et intérêt public : tentative de distinction », *in Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015 p. 131.

DELVOLVÉ (P.),

- « Le recours en excès de pouvoir contre les dispositions réglementaires d'un contrat », *RFDA* 1997, p. 89.
- « Limitation des moyens invocables dans le référé précontractuel », *RFDA* 2008, p. 1139.
- « De *Martin* à *Bonhomme*. Le nouveau recours des tiers contre les contrats administratifs », *RFDA* 2014, p. 438.
- « Les contrats de la "commande publique" », *RFDA* 2016 p. 200.
- « Le contentieux récent de la validité des contrats publics : essai de comparaison entre contrats administratifs et contrats de droit privé », *in La scène juridique : harmonies en mouvement, Mélanges en l'hommage de Bernard Stirn*, Dalloz, 2019, p. 165.

DEVILLERS (P.), « Recours contre les clauses réglementaires de la convention fixant les conditions d'évolution des tarifs de redevances aéroportuaires : application des jurisprudences Danthony et Tarn-et-Garonne », *Contrats-Marchés publ.* 2016, comm. 248.

DIDRICHE (O.),

- « L'exécution des marchés publics : part respective de l'ordre de service et des avenants », *AJCT* 2015, p. 437.
- « Annulation d'un acte détachable d'un contrat de l'administration : le Conseil d'État précise l'office du juge de l'exécution », *AJCT* 2015, p. 218.
- « Les évolutions récentes des contrats administratifs », *AJCT* 2016 p. 132.

DOMINO (X.),

- « Contrat, domaine public et action en responsabilité des tiers : un partout, balle au centre », *AJDA* 2011, p. 1949.
- « Droit au recours et équité du procès devant la justice administrative aujourd'hui », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2014, n° 44, p. 35.
- Innovations : la médiation et l'action collective en droit administratif », *RFDA* 2019, p. 19.

DOUTEAUD (S.),

- « Face au contrat, le préfet reste-il un requérant « super privilégié » ? », *AJDA* 2012, p. 2154.
- « En contentieux des contrats administratifs, la théorie de l'acte détachable est-elle "(frappée) à mort" ? », *LPA* 2014, n° 123, 2014, p. 13.
- « Pour une clarification de la distinction entre moyens inopérants et moyens irrecevables en contentieux administratif », *RFDA* 2016, p. 697.
- « Faire entrer un rond dans un carré. Le référé-suspension à l'épreuve du contentieux de la validité des contrats », *AJDA* 2019 p. 225.
- « Le clair-obscur du référé contractuel », *Contrats-Marchés publ.* 2021, ét. 4.

DUTHEILLET DE LAMOTHE (L.) et ODINET (G.), « La recevabilité des moyens en contentieux administratif », *AJDA* 2016, p. 479.

DURANT (G.), « Contentieux contractuel : « Nul ne plaide par procureur » ... même le Conseil national des barreaux », *AJCT* 2021, p. 608.

DYENS (S.), « Le recours « Tarn-et-Garonne » : quand la sécurité juridique prime sur la légalité », *AJCT* 2014, p. 375.

ECKERT (G.), « La temporalité des contrats publics », in AFDA (dir.), *Le temps en droit administratif*, Dalloz, 2022, p. 145.

EUSTACHE (S.) et JANICOT (L.), « Retour sur les transformations contemporaines du contentieux de la validité des contrats administratifs », *DA* 2018, ét. 4.

FARDET (C.), « La jurisprudence *Département du Tarn-et-Garonne* ou le risque d'une *actio popularis* contre les contrats administratifs », *BJCL* mai 2014, p. 316.

FAVRET (J.-M.), « L'intérêt à agir en droit de l'urbanisme », in O. RENAUDIE (dir.), *L'intérêt à agir devant le juge administratif*, Berger-Levrault, 2015, pp. 81-90.

FRAISSE (R.), « L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et libertés », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 44 p. 9.

FRANK (A.), « Le justiciable et les politiques jurisprudentielles. Les irrégularités neutralisées », *RFDA* 2019, p. 785.

GAUDEMET (Y.),

- « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesure les difficultés d'une entreprise nécessaire », *RDP* 2010, p. 313.
- « Le contrat administratif au lendemain du Code de la commande publique », *RDC* 2021, n° 2, p. 1.

GARRIDO (L.), « La réforme du contrôle de légalité tendant à son allègement est-elle pertinente ? », in A. HASTINGS-MARCHADIER (dir.), *La performance des contrôles de l'État sur les collectivités locales*, LGDJ, 2011, p. 119.

GEFFRAY (E.) et LIÉBER (S.-J.), « Référé précontractuel : une bouffée d'oxygène ? », *AJDA* 2008, p. 2161.

GLASER (E.), « Béziers I, à propos d'un « notamment » », in *Mélanges en l'honneur de Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 641.

GOURDOU (J.) et TERNEYRE (P.), « Peut-on améliorer les référés en matière contractuelle ? », *AJDA* 2014, p. 2055.

GRAND (R.), « Renover le contrôle de légalité en lui fixant des priorités », *AJDA* 2012, p. 244.

GRANIER-CALVET (N.) et ROMBAUTS-CHABROL (T.), « L'intérêt à agir en contentieux administratif de l'urbanisme. Entre innovations et particularismes. », *JCP A* 2017, p. 2666.

HECKENROTH (J.-L.), « L'intérêt à agir des tiers non privilégiés dans le recours en contestation de validité du contrat », *Contrats-Marchés. publ.* Juillet 2020 pratique prof. 7.

HEMLINGER (L.), « Action de groupe et action en reconnaissance de droits : quelles conséquences pour les collectivités territoriales ? », *AJCT* 2017, p. 438.

HÉNIN (J.-C.), « Le contrôle de légalité n'est pas soluble dans le seul déféré préfectoral », *in* A. MARCHANDIER (dir.), *La performance des contrôles de l'État sur les collectivités locales*, LGDJ, 2011, p. 150.

HOEPFFNER (H.),

- « La modification des contrats », *RFDA* 2016, p. 280.
- « Le référé contractuel contre un marché à procédure adaptée : une voie de droit subsidiaire », *AJDA* 2017, p. 888.

HOEPFFNER (H.) et TERNEYRE, (P.), « La place des principes dans le code de la commande publique », *RFDA* 2019, p. 206.

HOEPFFNER (H.) et UBAUD-BERGERON, (M.), « L'apport du Code de la commande publique à la théorie du contrat administratif », *RDP* 2021, p. 1161.

HOURLON (S.),

- « Un grand pas en avant et deux pas de côté », *DA* 2015, ét. 6.
- « Les gorges étroites de Tarn-et-Garonne », *DA* 2017, alerte 118.
- « Repenser les référés en matière contractuelle », *RFDA* 2021, p. 692.

HUL (S.),

- « " Pauvre Martin " : Généralisation de l'accès des tiers au juge du contrat ; ouverture ou impasse ? », *JCP A* 2014, p. 2153.
- « Le contentieux des avenants depuis l'arrêt *Tarn-et-Garonne* », *AJCT* 2015, p. 32.
- « Recours Tarn-et-Garonne et contestation des avenants : modalités d'application dans le temps », *JCP A* 2021, p. 2010.

IDOUX (P.),

- « Les considérations sociales et environnementales », *RFDA* 2016, p. 260.
- « La commande publique au service du développement durable », *in* E. MULLER (dir.), *La commande publique, un levier pour l'action publique ?*, Dalloz, 2018, p. 107.

JANICOT (L.), « Réflexions sur la théorie de l'acte détachable dans le contentieux contractuel », *RDP* 2011 p. 347.

JANICOT (L.) et LAFAIX (J.-F.), « La nouvelle place du tiers dans le contentieux des contrats administratifs », *RDP* 2014, p. 1175.

JURY (F.), « Les droits des tiers dans le contentieux des contrats administratifs : un droit au juge en « trompe-l'oeil », *RFDA* 2019, p. 55.

KALFLÈCHE (G.), « Les restrictions de l'intérêt à agir des particuliers en droit de l'urbanisme : une réforme inutile ? », *RDP* 2020, p. 17.

KOEBEL (B.), « Seuil de transmission au contrôle de légalité des marchés publics », *Contrats-Marchés publ.* 2020, comm. 66.

LAFFAILLE (F.), « La jurisprudence *Tarn-et-Garonne* ou le tiers « sans qualité » », *AJDA* 2018, p. 1201.

LAFFITTE (O.), « Définir des besoins et achat public responsable », *CP* n° 170/ 2016, p. 39.

LAFaix (J.-F.),

- « La systématisation inachevée du contentieux de la commande publique – Commentaire de l'ordonnance 2009-515 du 7 mai 2009 », *Contrats-Marchés publ.* 2009, ét. 8.
- « Ouverture du recours Tropic à tous les tiers intéressés », *RJEP* 2014, comm. 31.
- « L'intérêt à agir devant le juge du contrat », in O. RENAUDIE (dir.), *L'intérêt à agir devant le juge administratif*, Berger-Levrault, 2015, pp. 91-113.
- « La jurisprudence *Tarn-et-Garonne* appliquée aux concurrents évincés », *AJDA* 2016, p. 1120.
- « L'évolution de l'office du juge du contrat administratif » in J.-F. LAFaix (dir.), *Le renouvellement de l'office du juge administratif*, Berger-Levrault, 2017, pp. 99-131.
- « La régularisation en matière contractuelle », *Contrats-Marchés publ.* 2017, ét. 9.
- « La codification et la fin des contrats », *RFDA* 2019, p. 227.

LANGELIER (E.),

- « Nouvelles variations sur l'intérêt à agir dans le recours en annulation », *AJDA* 2012, p. 417.
- « L'évolution du contentieux des contrats administratifs : à quand l'acte IV ? », *JCP A* 2014, p. 2330.
- « Particularisation, généralisation ... et particularisation du contentieux administratif : propos dubitatifs à la lumière de l'intérêt à agir », *JCP A* 2015, p. 2345.

LANGELIER (E.) et VIROT-LANDAIS (A.), « Mérites et limites du recours à la régularisation des actes viciés », *JCP A* 2015, p. 2245.

LANTERO (C.), « Sécurité juridique et mutation des annulations platoniques », *AJDA* 2019, p. 1100.

LANZARONE (E.) et RUDLOFF (C.), « L'action indemnitaire des tiers », *Contrats-Marchés publ.* 2016, dossier 11.

LEPÉTTIT-COLLIN (H.) et PERRIN (A.), « La distinction des recours contentieux en matière administrative. Nouvelles perspectives », *RFDA* 2011, p. 813.

LINDITCH (F.),

- « L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats publics », *LPA* n° 79, 19 avr. 2007.
- « Tarn-et-Garonne – Conclusions limitées à une demande d'indemnisation », *JCP A* 2019, p. 2160.
- « Tarn-et-Garonne, trou noir du droit administratif ? À propos d'une application récente du contentieux de la légalité administrative des contrats », *JCP A* 2019, p. 2336.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.),

- « Quel sort l'évolution du contentieux contractuel peut-elle réserver au déféré préfectoral ? », *Contrats-marchés publ.* 2012, repère 1.
- « Le contentieux administratif des contrats poursuit sa mue : quelques réflexions à propos de l'arrêt Département de Tarn-et-Garonne », *Contrats et Marchés pbl.* 2014, repère 5.
- « Le recours en résiliation du contrat ouvert aux tiers », *Contrats-Marchés publ.* 2017, repère 8.

MAMOUDY (O.),

- « L'action en reconnaissance de droits », *AJDA* 2016, p. 2264.
- « L'ouverture du recours », *RFDA* 2019, p. 669.
- « Une balance déséquilibrée », *AJDA* 2019, p. 1087.

MARCOVICI (L.), « Sauvons l'arrêt Martin ! », *AJDA* 2013, p. 1297.

MARCUS (L.) et PERRIN (A.), « Annulation de l'acte détachable du contrat et distinction des contentieux », *DA* 2006, ét. 1.

MARTIN (J.), PELLISSIER (G.) et GABAYET (N.), « Chronique de droit des contrats publics – Décisions de septembre à décembre 2021 (1^{ère} partie) », *JCP A* 2022, p. 2040.

MARTIN (J.),

- « Une distinction subtile entre les sous-traitants susceptibles de contester la validité du contrat principal », *JCP A* 2016, p. 2074.
- « Un nouveau recours en résiliation du contrat au bénéfice des tiers. Une pierre supplémentaire dans l'édifice de recomposition du contentieux contractuel », *JCP A* 2017, chron. 2195.

MARTUCCI (F.), « Les objectifs de la commande publique en droit de l'Union », in E. MULLER (dir.), *La commande publique, un levier pour l'action publique ?*, Dalloz, 2018, p. 73.

MAUGÜÉ (C.) et TERNEYRE, (P.), « L'évolution du droit du contentieux des contrats administratifs au cours de la présidence Stirn », in *La scène juridique : harmonies en mouvement, Mélanges en l'hommage de Bernard Stirn*, Dalloz, 2019, p. 419.

MELLERAY (F.),

- « La distinction des contentieux est-elle un archaïsme ? », *JCP A* 2005, p. 1296.
- « Les contrats administratifs conclus sans limitation de durée », in *Mélanges en l'honneur de Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 211.
- « À propos de l'intérêt donnant qualité à agir en contentieux administratif. Le « moment 1900 » et ses suites », *AJDA* 2014, p. 1530.

MICHALIS (I.), « La rationalisation du régime de résiliation unilatérale du contrat administratif par l'administration », *RFDA* 2021, p. 290.

MICHELIN (V.) et CABANES (C.), « La prise en compte des objectifs de développement durable lors de la préparation d'un marché public », *CP* n° 170/ 2016, p. 43.

MODERNE (F.), « Sur la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence », *RFDA* 2007, p. 917.

MONNIER (P.), « Heurs et malheurs d'un juge des référés précontractuels », *Contrats-Marchés publ.* 2016, dossier 9.

MONSEMBERNARD (M. DE), « Contrats de la commande publique : contentieux de la validité », *Rép. Cont. Adm.*

MONTECLER (M.-C. DE), « Le recours Tropic désormais ouvert aux tiers », *AJDA* 2014, p. 764.

NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ (U.), « Les évolutions jurisprudentielles relatives à la résiliation des contrats administratifs », *DA* Novembre 2015, ét. 14.

NICINSKI (S.), « Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs », in *Contrats publics : Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, t. I, Presses de la Faculté de Droit de Montpellier, 2006, p. 45.

NOËL (J.), « Que reste-il du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales ? », in J.-B. AUBY et O. RENAUDIE (dir.), *Les nouveaux équilibres de l'action publique locale – Retour sur 10 ans de réforme territoriale*, Berger-Levrault, 2019, p. 213.

ODINET (G.) et ROUSSEL (S.), « Rénovation du contentieux contractuel : travaux de finitions », *AJDA* 2017, p. 1669.

PELLISSIER (G.), « Recours pour excès de pouvoir : conditions de recevabilité », *Rép. cont. adm.*

PELLOUX (R.), « L'affaire *Golder* devant la Cour Européenne des droits de l'Homme », *AFDI* 1975, p. 330.

PERRIN (A.),

- « La prévention par la neutralisation de la demande », *JCP A* 2021, p. 29.
- « Le développement du délai raisonnable » in *AFDA* (dir.), *Le temps en droit administratif*, Dalloz, 2022, p. 73

PIETRI (J.-P.), « Recours des tiers contre le refus de résiliation du contrat », *Contrats-Marchés publ.* 2017, comm. 249.

PLESSIX (B.),

- « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », *RFDA* 2006, p. 12.
- « Le principe de légalité en droit administratif français », *RFDA* 2022, p. 206.

POULET (F.),

- « Un office du juge à renforcer dans le contentieux de l'exécution », in V. BOUHIER et D. RICCARDI (dir.), *L'exécution des contrats administratifs*, Le Moniteur, 2018, p. 195.
- « Les rejets avant examen », *RFDA* 2019, p. 676.

POUYAUD (D.),

- « La recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les contrats administratifs : une nouvelle avancée », *RFDA* 1999, p. 139.
- « Un nouveau recours contentieux : le recours en contestation de la validité du contrat à la demande du concurrent évincé », *RFDA* 2007, p. 923.
- « L'office du juge du contrat », *RFDA* 2010, p. 519.
- « Que reste-t-il du recours pour excès de pouvoir dans le contentieux des contrats ? », *RFDA* 2015, p. 727.
- « Les mutations du contentieux de la validité des contrats », in *Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 541.
- « Que reste-t-il du recours pour excès de pouvoir dans le contentieux des contrats ? », *RFDA* 2015, p. 727.

PRÉBISSY-SCHNALL, C., « Ouverture aux tiers lésés du recours en contestations de la validité du contrat », *Contrats, Conc. Cons.* 2014, comm. 164.

QUYOLLET (M.), « Le juge, le chêne et l'olivier », *AJDA* 2012, p. 1064.

RAGIMBEAU (L.), « Pour un développement de l'action de groupe en droit administratif », *RDP* 2019, p. 1439.

RAPP (L.),

- « L'accès des PME aux marchés publics : un small business act ? », *Contrats-Marchés publ.* Juin 2014, ét. 12.
- « Sept solutions simples pour améliorer l'accès des PME aux contrats de la commande publique », *CP* n° 148/ 2014.

REBELLATO (J.), « La modulation dans le temps des règles jurisprudentielles nouvelles », *JCP A* 2015, p. 2187.

REES (P.),

- « Le juge de l'exécution, juge *bis* de la validité du contrat à l'usage des tiers ? », *Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 233.
- « Premier bilan de la jurisprudence administrative en matière de référé contractuel », *Contrats-Marchés publ.* 2011, ét. 10.
- « Tropic II est arrivé. – À propos de l'arrêt Département de Tarn-et-Garonne », *Contrats-Marchés publ.* 2014, ét. 5.

RICHER (L.), « La contractualisation comme technique des affaires publiques », *AJDA* 2003, p. 973.

ROBBE (J.), « Le report dans le temps de la règle jurisprudentielle nouvelle. État des lieux, perspectives », *RFDA* 2016, p. 913.

ROBLOT-TROIZIER (A.), « Retour sur le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant », *RFDA* 2007, p. 990.

ROLIN (F.),

- « Le rôle de la pratique dans la construction des contrats publics », in *Mélanges en l'honneur de Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 9.
- Du recours pour excès de pouvoir de l'État légal à la protection des intérêts subjectifs dans l'État contemporain : quelques réflexions critiques sur l'arrêt *Département du Tarn-et-Garonne* », *RDP* 2014, p. 1198.

ROTOULLIÉ (J.-C.),

- « Le recours Tarn-et-Garonne, une voie de droit à l'effectivité limitée », *AJDA* 2019, p. 412.
- « Sécurité juridique et tolérance des illégalités », *AJDA* 2019, p. 1094.
- « La reconnaissance d'un nouveau motif de résiliation unilatérale : l'irrégularité du contrat administratif », *AJDA* 2021, p. 164.

ROUALT (M.-C.), « Le contentieux contractuel ouvert aux tiers, sans exception, mais sous conditions », *Procédures* 2014, alerte 26.

ROUSSEAU (B.), « La poursuite d'un litige dans un nouveau contentieux ne donne pas automatiquement intérêt pour agir », *AJDA* 2011, p. 2027.

ROUVIÈRE (F.), « Prescription et forclusion : différence de nature ou de degré ? », *RTD Civ.* 2017, p. 529.

RUOCCO-NARDO (M.), « Le support approprié de publicité de l'acte modifiant le contrat administratif : prévenir le risque de contentieux à l'initiative des tiers », *Gaz. IDPA* 2021, p. 5.

SAYEDE-HUSSEIN (A.), « Le juge du référé-suspension de droit commun et le contrat administratif : un bilan jurisprudentiel mitigé », *Contrats-Marchés publ.* 2014, ét. 6.

SCHMITTER (G.), « Étendues et limites du droit au recours juridictionnel », *RFDC* 2015, p. 935.

SEILLER (B.),

- « Sécurité juridique et office du juge administratif », *RDP* 2016, p. 765.
- « Les décisions régularisées », *RFDA* 2019, p. 791.

SESTIER (J.-F.), « De l'arrêt « Tropic » à l'arrêt « Tarn-et-Garonne » : mort et résurrection du recours des tiers », *JCP A* 2014, p. 2152.

SICHLER-GHESTIN (F.), « Préface », in O. RENAUDIE (dir.), *L'intérêt à agir devant le juge administratif*, Berger-Levrault, 2015, pp. 7-12.

STAHL (J.-H.) et COURRÈGES (A.), « La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse », *RFDA* 2004, p. 438.

SYMCHOWICZ (N.), « L'intervention du juge du contrat dans l'exécution des contrats administratifs », *AJDA* 2015, p. 320.

TERNEYRE (P.),

- « Réflexions sur les « clauses à caractère réglementaire » des contrats administratifs à objet de service public », *RFDA* 2011, p. 893.
- « La durée des contrats », *RFDA* 2016, p. 276.

TESSON (F.), « Remarques sur l'évolution récente du contentieux administratif. Vers de nouveaux équilibres depuis 2014 ? », *DA* 2017, ét. 17.

THÉBAULT (D.), « Les « vices d'une particulière gravité » affectant le contrat administratif : tentative de clarification d'un juge réparateur à un juge censeur », *RDP* 2021, p. 945.

TOUZEIL-DIVINA (M.), « Le contrat administratif de nouveau ouvert aux « tiers intéressés » : le recours Tarn-et-Garonne », *JCP G* 2014, p. 456.

TRUCHET (D.),

- « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre », *EDCE* 1999, p. 371.
- « Office du juge et distinction des contentieux : renoncer aux « branches » », *RFDA* 2015, p. 657.

UBAUD-BERGERON (M.),

- « Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat », in *Contrats publics : Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Volume II, Presses de la Faculté de Droit de Montpellier, 2006, p. 575.
- « Le champ d'application organique des nouvelles dispositions », *RFDA* 2016, p. 218.

WACHSMANN (P.), « La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats. Pour le centenaire de l'arrêt *Martin* », *RFDA* 2006, p. 24.

WALINE (M.), « Vers un reclassement des recours du contentieux administratif ? », *RDP* 1935, p. 205.

WALINE (J.), « Plein contentieux et excès de pouvoir », *RDP* 2015, p. 1551.

IV. RAPPORTS DU CONSEIL D'ÉTAT (ET AUTRES JURIDICTIONS)

Rapport public du Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE n° 59, La Documentation française, 2008.

Rapport public du Conseil d'État – *Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives*, 2021.

V. CONCLUSIONS

1. DEVANT LE CONSEIL D'ÉTAT

AGUILA (Y.), concl. sur CE Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*, *BJCP* 2006, p. 173 et *RFDA* 2006, p. 463.

BERGEAL (C.),

- concl. sur CE Ass., 20 février 1998, *Ville de Vaucresson et autres*, *RFDA* 1998, p. 421.
- concl. sur CE, 12 mars 1999, *Ville de Paris c/ Société Stella Maillot-Orée du bois*, *BJCP* 1999, p. 433.

BERNARD (M.), concl. sur CE Sect., 20 mars 1959, *Lauthier*, *RDP* 1959, p. 770.

BLUM (L.),

- concl. sur CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale françaises des traways*, *Lebon* p. 216.
- concl. sur CE, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, *Lebon* p. 909.

BOHNERT (B.), concl. sur CE, 10 avril 2015, *Commune de Levallois-Perret*, *RFDA* 2015, p. 926.

BOULOUIS (N.),

- concl. sur CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, *BJCP* 2007, p. 230.
- concl. sur CE, Sect., 11 juillet 2008, *Ville de Paris c./ Société Clear Channel France*, *BJCP* 2008, p. 361.
- concl. sur CE, Sect., 8 avril 2009, *Association Alcaly*, *RFDA* 2009, p. 463.
- concl. sur CE, 19 janvier 2011, *Grand port maritime du Havre*, *BJCP* 2011, p. 125.
- concl. sur CE Avis, 11 mai 2011, *Société Rebillon Schmit Prevot*, *BJCP* 2011, p. 226.
- concl. sur CE Sect., 11 juillet 2011, *Gilles*, *BJCP* 2011, p. 341 et *RJEP* 2012, comm. 5.
- concl. sur CE, 29 juin 2012, *Société Pro 2C*, *BJCP* 2012, p. 336.
- concl. sur CE, 29 juin 2012, *Société Chaumeil*, *BJCP* 2012, p. 449.
- concl. sur CE, 4 juillet 2012, *Communauté d'agglomération de Chartres Métropole*, *BJCP* 2012, p. 426 .

CASAS (D.),

- concl. sur CE, 20 octobre 2006, *Commune d'Andeville*, *AJDA* 2006, p. 2340.
- concl. sur CE, 15 décembre 2006, *Société Corsica Ferries*, *BJCP* 2007, p. 116.
- concl. sur CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe*, *BJCP* 2007, p. 391 et *RFDA* 2007, p. 696.

CHANTEPY (CH.),

- concl. sur CE Sect., 3 novembre 1995, *Société Stentofon Communications*, *RFDA* 1995, p. 1077.
- concl. sur CE Sect., 3 novembre 1995, *CCI de Tarbes*, *RFDA* 1995, p. 1077.

CHENOT (B.), concl. sur CE, 10 février 1950, *Gicquel, Lebon* p. 100.

COMBARNOUS (M.), concl. sur CE, Sect., 24 avril 1964, *SA de Livraisons industrielles et commerciales (SA LIC)*, *AJDA* 1964, p. 308.

COMBREXELE (J.-D.), concl. sur CE, Ass., 30 octobre 1996, *Mme Wajs et M. Monnier*, *RFDA* 1997, p. 726.

CORTOT-BOUCHER (E.), concl. sur CE, Sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, *RFDA* 2011, p. 507.

DACOSTA (B.),

- concl. sur CE Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, *BJCP* 2008, p. 451 et *RFDA* 2008, p. 1128.
- concl. sur CE, 24 novembre 2008, *Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup*, *BJCP* 2009, p. 151.
- concl. sur CE 17 décembre 2008, *Association pour la protection de l'environnement du lunellois, Boissier et Sarazin*, *BJCP* 2009, p. 141.
- concl. sur CE, 19 janvier 2011, *Commune de Limoges*, *BJCP* 2011, p. 105.
- concl. sur CE, 21 février 2011, *Société Ophrys*, *BJCP* 2011, p. 133.
- concl. sur CE, 4 mai 2011, *Communauté de communes du Queyras*, *BJCP* 2011, p. 353.
- concl. sur CE, 8 mai 2011, *Commune de Divonne-les-Bains*, *BJCP* 2011, p. 381.
- concl. sur CE, 30 septembre 2011, *Région Picardie*, *BJCP* 2011, p. 456.
- concl. sur CE, 30 septembre 2011, *Commune de Maizières-lès-Metz*, *BJCP* 2011, p. 465.
- concl. sur CE, 23 décembre 2011, *Ministre de l'Intérieur*, *BJCP* 2012, p. 125.
- concl. sur CE, 22 juin 2012, *CCI de Montpellier*, *BJCP* 2012, p. 330.
- concl. sur CE, 7 mai 2013, *Société auxiliaire de parcs de la région parisienne (SAPP)*, *BJCP* 2013, p. 353.
- concl. sur CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, *BJCP* 2014, p. 204 et *RFDA* 2014, p. 425.
- concl. CE, 26 juin 2015, *Grand port maritime de la Martinique*, *BJCP* 2015, p. 446.

DAUMAS (V.),

- concl. sur CE, 1^{er} octobre 2013, *Société Espace habitat construction*, BJCP 2014, p. 32.
- concl. sur CE, 29 décembre 2014, *Commune d'Uchaux*, Lebon p. 416.
- concl. sur CE, Sect., 1^{er} juillet 2016, *Commune d'Emerainville*, RFDA 2017, p. 289.

DEVYS (Ch.), concl. sur CE Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, Lebon p. 197.

DELVOLVÉ (J.), concl. sur CE Ass., 17 février 1950, *Ministre de l'Agriculture c/ Dame Lamotte*, RDP 1951, p. 478.

DENOIX DE SAINT-MARC (R.), concl. sur CE Sect., 20 janvier 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, AJDA 1979, p. 37.

DUMORTIER (G.), concl. sur CE Ass., 23 décembre 2011, *Danthony et autres*, RFDA 2012, p. 284.

DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.), concl. sur CE Ass., 16 avril 1986, *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion et autres*, RDP 1986, p. 847.

ESCAUT (N.), concl. sur CE, 5 février 2009, *Association Société centrale d'agriculture, d'horticulture et d'acclimatation de Nice et des Alpes-Maritimes*, BJCP 2009, p. 224.

FORNACCIARI (M.), concl. CE, Ass., 2 février 1987, *Société TV6*, RFDA 1987, p. 29.

FRATTACCI (S.), concl. sur CE, 28 juillet 1995, *Préfet de la Région Ile-de-France c./ Société de gérance La Jeanne d'Arc*, RDP 1996, p. 569.

GEFFRAY (E.), concl. sur CE, Ass., 8 avril 2009, *Compagnie générale des eaux, Commune d'Olivet*, RFDA 2009, p. 449.

GENEVOIS (B.), concl. sur CE, 25 mai 1979, *Mme Rabut*, Lebon p. 231.

GLASER (E.),

- concl. sur CE, Sect., 31 décembre 2008, *Cavallo*, RFDA 2009, p. 89.
- concl. sur CE 26 mai 2009, *Département des Deux-Sèvres*, BJCP 2009, p. 405.
- concl. sur CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, BJCP 2010, p. 138 et RFDA 2010, p. 506.

HENRARD (O.),

- concl. sur CE, Sect., 5 février 2016, *Syndicat mixte des transports en commun (SMTC) Hérault Transport*, BJCP 2016, p. 217 et RFDA 2016, p. 301.
- concl. sur CE, 11 mai 2016, *Communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole*, BJCP 2016, p. 288.
- concl. sur CE, 11 mai 2016, *Rouveyre*, BJCP 2016, p. 254.
- concl. sur CE Ass., 13 juillet 2016, *Czabaj*, RFDA 2016, p. 927.
- concl. sur CE, 22 juillet 2016, *Communauté d'agglomération du Centre Littoral*, BJCP 2016, p. 439.
- concl. sur CE Sect., 10 février 2017, *Ville de Paris*, AJDA 2017, p. 684.

- concl. sur CE, 5 février 2018, *Centre national d'études spatiales (CNES)*, *BJCP* 2018, p. 143.
- concl. sur CE, 9 février 2018, *Communauté d'agglomération Val d'Europe Agglomération*, *BJCP* 2018, p. 182.
- concl. sur CE 15 mars 2019, *Société anonyme gardéenne d'économie mixte (SAGEM)*, *BJCP* 2019, p. 189.

JEANNENEY (P.-A.), concl. sur CE, 8 mars 1985, *Association « Les amis de la terre »*, *RFDA* 1985, p. 363.

KAHN (J.), concl. sur CE, 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, *AJDA* 1958, p. 282.

LE CORRE (M.),

- concl. sur CE, 30 avril 2019, *Société Total Marketing France*, *BJCP* 2019, p. 292.
- concl. sur CE, 14 octobre 2019, *Société Les téléskis de la Croix-Fry*, *BJCP* 2020, p. 34.
- concl. sur CE, 20 novembre 2020, *Association Trans'Cub*, *BJCP* 2021, p. 141.

LEGAL (H.), concl. sur CE Sect., 26 juillet 1991, *Commune de Sainte-Marie de La Réunion*, *RFDA* 1991, p. 966.

LESSI (J.), concl. sur CE, Sect., 1^{er} juillet 2016, *Institut d'ostéopathie de Bordeaux*, *RFDA* 2016, p. 1107.

LONG (M.),

- concl. CE, 20 avril 1956, *Consorts Grimouard*, *AJDA* 1956, p. 187 et *RDP* 1956, p. 1058.
- concl. CE, 20 avril 1956, *Ville de Nice*, *RDP* 1956, p. 575.

MAUGÜÉ (CH.),

- concl. sur CE, 4 novembre 1994, *Département de la Sarthe*, *AJDA* 1994, p. 898.
- concl. sur CE, 27 avril 1998, *Confédération des syndicats médicaux français*, *RFDA* 1999, p. 97.
- Concl. sur CE Sect., 14 avril 1999, *Syndicat des médecins libéraux et autres*, *RFDA* 1999, p. 1190.

MIGNON (E.), concl. sur CE, 20 octobre 2000, *Perreau*, *BJCP* 2001, p. 345.

MOSSET (C.), concl. sur CE, Sect., 26 novembre 1954, *Syndicat de la raffinerie de soufre française*, *RPDA* 1955, p. 7.

PELLISSIER (G.),

- concl. sur CE, 10 décembre 2012, *Société Lyonnaise des Eaux France*, *RJEP* 2013, comm. 29.
- concl. sur CE, 28 janvier 2013, *Syndicat mixte Flandre Morinie*, *JCP A* 2013, p. 2185.
- concl. sur CE, 25 octobre 2013, *Commune de La Seyne-sur-Mer*, *BJCP* 2013, p. 47.

- concl. sur CE, 29 avril 2015, *Syndicat de valorisation des déchets de la Guadeloupe (SYVADE)*, BJCP 2015, p. 360.
- concl. sur CE, 14 octobre 2015, *Région Réunion*, n° 391183, BJCP 2016, p. 71.
- concl. sur CE, 14 octobre 2015, *SA Applicam Région Nord-Pas-de-Calais*, BJCP 2016, p. 34.
- concl. sur CE, 2 juin 2016, *Ministre des affaires sociales*, n° 395033, BJCP 2016, p. 378.
- concl. sur CE, 21 septembre 2016, *Société Kéolis*, BJCP 2016, p. 444.
- concl. sur CE, 14 février 2017, *Société des eaux de Marseille*, BJCP 2017, p. 189.
- concl. sur CE, 24 mai 2017, *SIVU de la station d'épuration du Limouxin*, BJCP 2017, p. 310.
- concl. sur CE, Sect., 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (SMPAT)*, RFDA 2017, p. 937.
- concl. sur CE, 5 juillet 2017, *Commune de La Teste-de-Buch*, BJCP 2017, p. 362.

PICHAT (G.), concl. sur CE, 4 mars 1910, *Thérond, Sirey* 1911, II p. 17.

PIVETEAU (D.), concl. sur CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement (IRD)*, BJCP 2004, p. 136 et CJEG 2004, p. 246.

POCHARD (M.), concl. sur CE, 1^{er} octobre 1993, *Société Le yacht-club international de Bormes-les-Mimosas*, AJDA 1993, p. 810.

ROBINEAU (Y.), concl. sur CE, 29 avril 1987, *Commune d'Élancourt*, RFDA 1987, p. 525.

ROMIEU (J.),

- concl. sur CE, 4 août 1905, *Martin, Lebon*, p. 749 et *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, Vol. 1, LGDJ, 2015, p. 262.
- concl. sur CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, Vol. 1, LGDJ, 2015, p. 298.
- concl. sur CE, 31 mai 1907, *Delplanque*, RDP 1907, p. 684.

SAVOIE (H.), concl. sur CE, Sect., 10 mars 1995, *Commune de Digne*, RFDA 1996, p. 429.

SCHWARTZ (R.),

- concl. sur CE Sect., 7 octobre 1994, *Époux Lopez*, RFDA 1994, p. 1090.
- concl. sur CE, 29 juillet 1998, *Syndicat des avocats de France*, AJDA 1998, p. 1010.

STAHL (J.-H.), concl. sur CE, Sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, RFDA 1999, p. 128.

THÉRY (J.-F.), concl. sur CE Sect., 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine*, *Lebon* p. 326.

2. DEVANT LES COURS ADMINISTRATIVES D'APPEL

THIELÉ (R.), concl. sur CAA Marseille, 25 avril 2022, *SAS Seateam Aviation*, *AJDA* 2022, p. 1516.

3. DEVANT LES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS

BAINVILLET (M.), concl. sur TA Lille, 8 novembre 2018, *Société Groupe Eurotunnel SE*, n° 1503245, *BJCP* 2019, p. 141.

BÉROUJON (F.),

- concl. sur TA Bordeaux, 20 mars 2017, *Association des architectes du patrimoine*, n° 1500706, *JCP A* 2017, p. 2194.
- concl. sur TA Bordeaux, 8 février 2021, *Commune de Langon*, *JCP A* 2021 p. 2147.

BOUKHELOUA (N.), concl. sur TA Versailles, 7 décembre 2018, *SARL Le domaine du bois fresnais et SARL Île-de-France Promotion*, *JCP A* 2019, p. 2143.

COUZINET (P.), concl. sur TA Paris, 2 juillet 1996, *M. Alain Sarfati et autres*, *RFDA* 1996, p. 1113.

4. DEVANT LE TRIBUNAL DES CONFLITS

BRAIBANT (G.), concl. sur TC, 2 mars 1970, *Société Duvoir*, *Lebon* p. 885.

COLLIN (P.), concl. sur TC, 22 novembre 2010, *SARL Brasserie du Théâtre c/ Commune de Reims*, *BJCP* 2011, p. 55.

DESPORTES (F.), concl. sur TC, 13 octobre 2014, *Société Axa France LARD*, *BJCP* 2015 p. 11.

KAHN (J.), concl. sur TC, 3 mars 1969, *Société interprofessionnelle du lait et des dérivés Interlait*, *AJDA* 1969, p. 307.

LABETOULLE (D.), concl. sur TC, 21 mars 1983, *UAP*, *AJDA* 1983, p. 356 .

VI. DÉCISIONS ET AVIS (sans notes et commentaires)

1. CONSEIL D'ÉTAT

CE, 18 juin 1860, *Duc de Clermont-Tonnerre*, *Lebon* p. 460.

CE, 30 avril 1863, *Ville de Boulogne*, *Lebon* p. 405.

CE, 17 mars 1864, *Paul Dupont*, *Dalloz* 1864 III, p. 87.

CE, 20 mai 1892, *Tessier*, *Lebon* p. 456.

CE, 2 décembre 1892, *Julien*.

CE, 3 août 1894, *Ville de Lyon*, *Lebon* p. 542.

CE, 19 mai 1899, *Levrieux*, *Lebon* p. 401.

CE, 29 mars 1901, *Casanova*, *Lebon* p. 333.

CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen*, *Lebon* p. 5.

CE, 3 février 1905, *Storch*, *Lebon* p. 116.

CE, 4 août 1905, *Martin*, *Lebon* p. 749.

CE, 29 décembre 1905, *Petit*, *Lebon* p. 1011.

CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, *Lebon* p. 962.

CE, 28 décembre 1906, *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges*, *Lebon* p. 977.

CE, 31 mai 1907, *Delplanque*, *Lebon* p. 513.

CE, 22 novembre 1907, *Coste*, *Lebon* p. 849.

CE, 4 mars 1910, *Thérond*, n° 29373.

CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale françaises des travaux*, *Lebon* p. 216.

CE, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, n° 30701, *Lebon* p. 909.

CE, 12 juillet 1918, *Lefebvre*, *Lebon* p. 698.

CE, 13 février 1930, *Dufour*, *Lebon* p. 176.

CE Sect., 14 février 1930, *Compagnie des chemins de fer de la Turbie*, *Lebon* p. 183.

CE Sect., 7 novembre 1930, *Meunier*, n° 96053, *Lebon* p. 914.

CE, 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, *Lebon* p. 1050.

CE Sect., 12 mai 1933, *Compagnie générale des eaux*, *Lebon* p. 508.

CE Sect., 19 janvier 1934, *Ville de Noeux-les-Mines*, *Lebon* p. 99.

CE, 17 mars 1934, *Gouverneur général de l'Algérie c./ Carta*, *Lebon* p. 377.

CE, 9 novembre 1934, *Chambre de commerce de Tamatave*, *Lebon* p. 1084.

CE Sect., 17 janvier 1936, *Ligue des consommateurs d'électricité et Ville de Tonneins*, *Lebon* p. 76.

CE, 30 juin 1937, *Commune d'Avrieux*, *Lebon* p. 648.

CE, 17 novembre 1944, *Ville d'Avallon*, *Lebon* p. 294.

CE, 1^{er} mars 1946, *Société l'Énergie industrielle*, *Lebon* p. 66.

CE, 26 juillet 1947, *Département du Tarn*, *Lebon* p. 353.

CE, 12 novembre 1948, *Compagnie des messageries maritimes*, *Lebon* p. 428.

CE Sect., 9 décembre 1949, *Sieur Chami*, *Lebon* p. 542.

CE, 10 février 1950, *Gicquel*, *Lebon* p. 100.

CE Ass., 17 février 1950, *Ministre de l'Agriculture c/ Dame Lamotte*, *Lebon* p. 110.

CE, 2 mars 1951, *Ville de Poissy*, *Lebon* p. 774.

CE Sect., 26 novembre 1954, *Syndicat de la raffinerie de soufre française*, *Lebon* p. 620.

CE, 20 avril 1956, *Ville de Nice*, *Lebon* p. 162.

CE Sect., 20 avril 1956, *Consorts Grimouard*, n° 33961, *Lebon* p. 168.

CE, 15 mars 1957, *Israël*, *Lebon* p. 174.

CE, 28 juin 1957, *Compagnie générale pour l'éclairage et le chauffage*, *Lebon* p. 105

CE, 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, *Lebon* p. 246.

CE, 8 octobre 1958, *Société des chemins de fer du Var et du Gard*, *Lebon* p. 475.

CE Sect., 20 mars 1959, *Lauthier*, n° 98637, *Lebon* p. 198.

CE Sect., 25 mars 1960, *Boileau*, n° 35805, *Lebon* p. 234.

CE, 15 février 1961, *Goumy*, *Lebon* T. p. 1092.

CE, 11 octobre 1961, *Commune de Laruns*, *Lebon* p. 561.

CE Ass., 22 juin 1963, *Albert*, *Lebon* p. 385.

CE Sect., 24 avril 1964, *SA de Livraisons industrielles et commerciales (SALIC)*, *Lebon* p. 239.

CE 10 juillet 1964, *Société union économique continentale*, *Lebon* p. 398.

CE, 13 novembre 1964, *Rey*, *Lebon* p. 551.

CE Sect., 23 février 1968, *Picard*, *Lebon* p. 131.

CE, 13 juillet 1968, *Sieur Stoskopf*, *Lebon* p. 460.

CE, 26 mai 1971, *Sieur M.*, *Lebon* p. 383.

CE Sect., 13 octobre 1972, *SA Le Crédit du Nord c/ OPHLM Calvados*, *Lebon* p. 630.

CE Ass., 6 juillet 1973, *Michelin et Veyret*, *Lebon* p. 481.

CE Sect., 13 décembre 1974, *Gratet du Bouchage*, *Lebon* p. 629.

CE Sect., 8 novembre 1974, *Époux Figueras*, *Lebon* p. 545.

CE Sect., 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine*, n° 86738, *Lebon* p. 326.

CE, 23 juin 1976, *Latty*, *Lebon* p. 329.

CE, 13 octobre 1976, *SCI de la rue des Farges*, *Lebon* p. 375.

CE, 8 décembre 1976, *Société Travaux Hydrauliques et Entreprises générales*, *Lebon T.* p. 806.

CE Sect., 18 mars 1977, *Chambre de commerce de la Rochelle*, *Lebon* p. 153.

CE, 6 juillet 1977, *SNITA*, n° 87539.

CE Sect., 20 janvier 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, *Lebon* p. 22.

CE, 17 février 1978, *Société Compagnie française d'Entreprise*, *Lebon* p. 88.

CE, 15 juin 1979, *Syndicat général de la police*, *Lebon* p. 281.

CE, 5 février 1982, *Dondel et autres*, *Lebon* p. 53.

CE, 2 février 1983, *Union des transports publics (UTPUR)*, *Lebon* p. 33.

CE, 30 septembre 1983, *SARL Comexp*, *Lebon* p. 393.

CE Sect., 9 décembre 1983, *Ville de Paris*, *Lebon* p. 499.

CE, 11 janvier 1984, *Fayard*, *Lebon* p. 4.

CE, 20 juin 1984, *Association Les amis de la terre*, *Lebon* p. 233.

CE, 8 mars 1985, *Association « Les amis de la terre »*, *Lebon* p. 73.

CE Ass., 16 avril 1986, *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion et autres*, *Lebon* p. 96.

CE Ass., 2 février 1987, *Société TV6*, *Lebon* p. 29.

CE, 29 avril 1987, *Commune d'Élancourt*, *Lebon* p. 152.

CE, 29 mai 1987, *Coureau*, n°466003.

CE Sect., 13 novembre 1987, *Mmes Tusques et Marcaillon*, *Lebon* p. 360.

CE, 14 décembre 1988, *Établissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Saint Quentin en Yvelines*, *Lebon T.*, pp. 890, 1003.

CE, 27 mai 1991, *Fédération nationale des associations de protection de la nature et de l'environnement dans le Nord de la France*, *Lebon T.* p. 1109.

CE Sect., 26 juillet 1991, *Commune de Sainte-Marie de La Réunion*, *Lebon* p. 302.

CE, 18 novembre 1991, *Le Chaton*, *Lebon* p. 1144.

CE Sect., 13 décembre 1991, *Syndicat Inter-Co CFDT Vendée*, *Lebon* p. 444.

CE Sect., 13 novembre 1987, *Mmes Tusques et Marcaillon*, *Lebon* p. 360.

CE, 31 octobre 1990, *Union régionale pour la défense de l'environnement et la qualité de vie en Franche-Comté c/ Ville Raddon et Chappendu*, *Lebon* p. 303.

CE, 1^{er} octobre 1993, *Société Le yacht-club international de Bormes-les-Mimosas*, *Lebon* p. 874.

CE, 25 avril 1994, *Mme Aguila c/ Conseil régional d'Aquitaine*, *Lebon T.* p. 1099.

CE Sect., 7 octobre 1994, *Époux Lopez*, *Lebon* p. 430.

CE, 4 novembre 1994, *Département de la Sarthe*, *Lebon* p. 801.

CE, 28 novembre 1994, *Association Les amis de la terre c/ Commune de Courty*, n° 139125.

CE Sect., 10 mars 1995, *Commune de Digne*, *Lebon* p. 124.

CE, 10 mars 1995, *Association « Le droit pour la justice et la démocratie »*, *Lebon T.* p. 959.

CE, 24 mai 1995, *Ville de Meudon*, *Lebon* p. 208.

CE, 28 juillet 1995, *Préfet de la Région Ile-de-France c/ Société de gérance La Jeanne d'Arc*, *Lebon* p. 321.

CE Sect., 3 novembre 1995, *Société Stentofon Communications*, *Lebon* p. 393.

CE Sect., 3 novembre 1995, *CCI de Tarbes*, *Lebon* p. 394.

CE Sect., 6 décembre 1995, *Département de l'Aveyron*, *Lebon* p. 428.

CE, 8 mars 1996, *Commune de Petit-Bourg*, n° 165075.

CE Avis, 10 juin 1996, *Préfet de la Côte d'Or*, *Lebon* p. 198.

CE, Ass., 10 juillet 1996, *Cayzele*, *Lebon* p. 274.

CE, Ass., 9 octobre 1996, *Mme Wajs et M. Monnier*, *Lebon* p. 387.

CE Ass., 30 octobre 1996, *Wajs*, *Lebon* p. 387.

CE, 9 décembre 1996, *Association pour la sauvegarde du patrimoine martiniquais*, n° 155477.

CE, 19 mars 1997, *Commune de Soisy-sous-Montmorency*, *Lebon* p. 105.

CE, 13 juin 1997, *Société des transports pétroliers par pipe-line*, *Lebon* p. 230.

CE Ass., 20 février 1998, *Ville de Vaucresson et autres*, *Lebon* p. 55.

CE, 6 avril 1998, *Communauté urbaine de Lyon*, *Lebon* p. 132.

CE, 27 avril 1998, *Confédération des syndicats médicaux français*, *Lebon* p. 180.

CE, 29 juillet 1998, *Syndicat des avocats de France*, *Lebon* p. 313.

CE Sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, *Lebon* p. 375.

CE, 12 mars 1999, *Ville de Paris c/ Société Stella Maillot-Orée du bois*, *Lebon* p. 778.

CE, 28 juin 1999, *Association de défense location de véhicules aéroports*, n° 203101.

CE, 11 octobre 1999, *Avrillier*, *Lebon* p. 77.

CE, 19 novembre 1999, *Fédération syndicaliste FO des travailleurs des Postes et télécommunications*, *Lebon* p. 354.

CE, 6 octobre 2000, *Ministre de l'Intérieur c/ Commune de Saint-Florent*, *Lebon* p. 395.

CE, 16 octobre 2000, *Société Stereau*, *Lebon T.* p. 1091.

CE, 20 octobre 2000, *Perreau*, *Lebon* p. 455.

CE, 19 octobre 2001, *Société Alstom Transport SA*, *Lebon T.* p. 1038.

CE Ord., 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, n° 239840.

CE, 28 décembre 2001, *Conseil régional de l'ordre des architectes d'Auvergne*, *Lebon* p. 682.

CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement (IRD)*, *Lebon* p. 501.

CE, 10 mars 2004, *Communauté d'agglomération de Limoges Métropole*, n° 259680.

CE, 23 février 2004, *Communauté de communes du pays Loudunais*, *Lebon T.* p. 803 et 851.

CE, 29 mars 2004, *Communauté de communes du Centre littoral c/ Société Devin-Lemarchant environnement (DLE)*, n° 258114, *Lebon* p. 145.

CE Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, *Lebon* p. 197.

CE, 8 décembre 2004, *Société Eiffel-Distribution*, *Lebon* p. 804.

CE, 29 décembre 2004, *Société SOCCRAM*, *Lebon T.* p. 762.

CE, 18 mars 2005, *Entreprise Michel Ruas et Comité intercommunal de défense des usagers de l'eau*, *Lebon T.*, pp. 950, 1021, 1070 et 1072.

CE, 8 avril 2005, *Société Radiometer*, *Lebon T.* p. 964.

CE, 16 novembre 2005, *Ville de Paris*, *Lebon T.* p. 966.

CE, 5 décembre 2005, *Commune de Pontoy*, *Lebon T.* p. 548.

CE, 27 février 2006, *Fondation assistance aux animaux*, n° 267965.

CE Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*, *Lebon* p. 154.

CE, 20 octobre 2006, *Commune d'Andeville*, *Lebon* p. 434.

CE, 20 octobre 2006, *Syndicat des eaux de Charente-Maritime*, *Lebon T.* p. 1077.

CE, 15 décembre 2006, *Société Corsica Ferries*, *Lebon* p. 566.

CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, n° 281796, *Lebon* p. 130.

CE, 19 décembre 2007, *Société Campenon-Bernard*, *Lebon* p. 507.

CE, 19 décembre 2007, *Société Sogeparc-CGST-Compagnie générale de stationnement*, *Lebon T.* p. 945.

CE, 2 avril 2008, *SA BPVR*, n° 277302.

CE Sect., 11 juillet 2008, *Ville de Paris c./ Société Clear Channel France*, *Lebon* p. 270.

CE Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, *Lebon* p. 324.

CE, 5 novembre 2008, *Commune de Saint-Nazaire*, n° 310484.

CE, 24 novembre 2008, *Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup*, *Lebon T.*, pp. 648, 803, 809.

CE, 17 décembre 2008, *Association pour la protection de l'environnement du lunellois, Boissier et Saražin*, *Lebon*, p. 464.

CE Sect., 31 décembre 2008, *Cavallo*, *Lebon* p. 481.

CE, 5 février 2009, *Association Société centrale d'agriculture, d'horticulture et d'acclimatation de Nice et des Alpes-Maritimes*, *Lebon* p. 20.

CE Ass., 8 avril 2009, *Compagnie générale des eaux, Commune d'Olivet*, *Lebon* p. 116.

CE Sect., 8 avril 2009, *Association Alcaly*, *Lebon* p. 112.

CE Avis, 6 mai 2009, *Khan*, *Lebon* p. 187.

CE, 26 mai 2009, *Département des Deux-Sèvres*, *Lebon T.* p. 643.

CE Ord., 30 juin 2009, *Ministre de l'Intérieur c/ Beghal*, *Lebon* p. 240.

CE, 31 juillet 2009, *Ville de Grenoble*, n° 296964.

CE, 4 novembre 2009, *Communauté d'Agglomération de Toulon*, n° 327948.

CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, *Lebon* p. 509.

CE, 27 octobre 2010, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes*, n° 318617.

CE, 10 novembre 2010, *France Agrimer*, *Lebon T.* p. 858.

CE, 24 novembre 2010, *Association fédération d'action régionale pour l'environnement et autres*, *Lebon T.* 603-886.

CE, 19 janvier 2011, *Grand port maritime du Havre*, *Lebon* p. 11.

CE, 19 janvier 2011, *Commune de Limoges*, *Lebon* p. 1012.

CE, 21 février 2011, *Société Ophrys*, *Lebon* p. 54.

CE, 21 février 2011, *Société Veolia Propreté*, n° 335306.

CE Sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, *Lebon* p. 117.

CE, 4 mai 2011, *Communauté de communes du Queyras*, *Lebon* p. 200.

CE, 11 mai 2011, *Société Lyonnaise des eaux France*, *Lebon T.* p. 1018.

CE Avis, 11 mai 2011, *Société Rebillon Schmit Prevot*, *Lebon* p. 209.

CE, 8 juin 2011, *Commune de Divonne-les-Bains*, *Lebon* p. 278.

CE, 20 juin 2011, *Commune Roquebrune-sur-Argens*, n° 348878.

CE Sect., 11 juillet 2011, *Gilles*, *Lebon* p. 331.

CE, 30 septembre 2011, *Département de Haute-Savoie*, n° 350153.

CE, 30 septembre 2011, *Commune de Maisières-lès-Metz*, n° 350148.

CE, 23 novembre 2011, *Société GIHP Lorraine Transports*, n° 349746, *Lebon T.* p. 1002.

CE, 23 décembre 2011, *Ministre de l'Intérieur*, *Lebon* p. 662.

CE Ass., 23 décembre 2011, *Danthony et autres*, *Lebon* p. 649.

CE, 1^{er} mars 2012, *OPAC du Rhône*, n° 355560, *Lebon T.* p. 859.

CE Avis, 11 avril 2012, *Société Gouelle*, *Lebon* p. 148.

CE, 11 avril 2012, *Syndicat Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres et Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH)*, *Lebon T.* p. 858.

CE, 9 mai 2012, *Syndicat départemental des ordures ménagères de l'Aude*, *Lebon* p. 192.

CE, 20 juin 2012, *SDIS du Nord*, n° 342843.

CE, 22 juin 2012, *CCI de Montpellier*, n° 348676.

CE, 29 juin 2012, *Société Pro 2C*, *Lebon* p. 258.

CE, 29 juin 2012, *Société Chaumeil*, *Lebon* p. 856.

CE, 4 juillet 2012, *Association Fédération d'action régionale pour l'environnement*, *Lebon T.* p. 842.

CE, 4 juillet 2012, *Communauté d'agglomération de Chartres Métropole*, n° 352417.

CE, 10 décembre 2012, *Société Lyonnaise des Eaux France*, *Lebon* p. 855.

CE, 28 janvier 2013, *Syndicat mixte Flandre Morinie*, n° 358302.

CE, 7 mai 2013, *Société auxiliaire de parcs de la région parisienne (SAPP)*, *Lebon* p. 137.

CE, 10 juillet 2013, *Commune de Vias*, n° 362304.

CE, 1^{er} octobre 2013, *Société Espace habitat construction*, *Lebon T.* p. 695.

CE, 25 octobre 2013, *Commune de La Seyne-sur-Mer*, *Lebon* p. 704.

CE, 17 mars 2014, *Association des consommateurs de la Fontaulière*, n° 354596.

CE, 31 mars 2014, *Union syndicale du Charvet*, *Lebon T.* p. 745.

CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, *Lebon* p. 70.

CE, 3 décembre 2014, *Tisséo*, *Lebon T.*, p. 748, 790.

CE, 3 décembre 2014, *Société Bancel*, n° 366153.

CE, 17 décembre 2014, *Communauté de communes du canton de Varilbes*, n° 385033.

CE, 29 décembre 2014, *Commune d'Uchaux*, *Lebon* p. 416.

CE, 19 janvier 2015, *Société Ribière*, *Lebon T.*, pp. 758, 803.

CE, 2 février 2015, *Commune d'Aix-en-Provence*, *Lebon* p. 14.

CE, 14 octobre 2015, *Région Réunion*, n° 391183.

CE, 14 octobre 2015, *SA Applicam Région Nord-Pas-de-Calais*, *Lebon T.* p. 747.

CE, 27 octobre 2015, *Arrou et autres*, *Lebon T.* p. 756.

CE, 10 avril 2015, *Commune de Levallois-Perret*, *Lebon T.* p. 545-748-822.

CE, 29 avril 2015, *Syndicat de valorisation des déchets de la Guadeloupe (SYVADE)*, *Lebon T.* p. 745.

CE, 6 mai 2015, *Syndicat intercommunal pour les transports urbains de la région de Valenciennes*, n° 387544.

CE, 26 juin 2015, *Grand port maritime de la Martinique*, n° 388867.

CE, 14 octobre 2015, *Région Réunion*, *Lebon* p. 347.

CE, 18 novembre 2015, *Commune de Faa'a*, n° 373335.

CE, 3 février 2016, *Automobile Club des avocats et autres*, n° 390053.

CE Sect., 5 février 2016, *Syndicat mixte des transports en commun (SMTC) Hérault Transport c/ Société Voyage Guirette*, n° 383149, *Lebon* p. 10.

CE, 11 mai 2016, *Communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole*, *Lebon* p. 162.

CE, 11 mai 2016, *Rouveyre*, n° 383768.

CE, 20 mai 2016, *Association Avenir d'Alet et autres*, n° 375779.

CE, 1^{er} juin 2016, *Commune de Rivedoux-Plage*, n° 391570.

CE, 2 juin 2016, *Ministre des affaires sociales*, n° 395033.

CE, 13 juin 2016, *Société Latitudes*, n° 396403.

CE, 27 juin 2016, *M^{me} B. c./ Centre hospitalier Henri Dunant*, n° 386957.

CE, 30 juin 2016, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes*, *Lebon T.* p. 609.

CE Sect., 1^{er} juillet 2016, *Institut d'ostéopathie de Bordeaux*, *Lebon* p. 277.

CE Sect., 1^{er} juillet 2016, *Commune d'Emerainville*, *Lebon* p. 291.

CE Ass., 13 juillet 2016, *Czabaj*, *Lebon* p. 340.

CE, 22 juillet 2016, *Communauté d'agglomération du Centre Littoral*, n° 396597.

CE, 21 septembre 2016, *Société Kéolis*, n° 399656.

CE, 17 octobre 2016, *Société Tribord*, *Lebon T.* p. 833.

CE, 23 décembre 2016, *ASSECO-CFDT du Languedoc-Roussillon et Association ATTAC Montpellier*, *Lebon T.* p. 831.

CE, 23 janvier 2017, *Société Decremps BTP*, *Lebon T.* p. 685.

CE, 25 janvier 2017, *Association Avenir d'Alet*, *Lebon T.* p. 681, 752.

CE Sect., 10 février 2017, *Ville de Paris*, *Lebon* p. 721.

CE, 14 février 2017, *Société des eaux de Marseille*, n° 403614.

CE, 17 mai 2017, *Communauté de communes de Petite Camargue*, n° 396034.

CE, 24 mai 2017, *SIVU de la station d'épuration du Limouxin*, n° 4072264.

CE Sect., 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (SMPAT)*, *Lebon* p. 209.

CE, 5 juillet 2017, *Commune de La Teste-de-Buch*, *Lebon T.*, p. 681.

CE, 18 septembre 2017, *Humbert et a. c/ Communauté de communes de la Dombes*, *Lebon T.*, pp. 684, 735.

CE, 25 octobre 2017, *Compagnie méridionale de Navigation*, n° 403335.

CE, 15 novembre 2017, *Société Les Fils de Mme Géraud*, n°402794.

CE, 5 février 2018, *Centre national d'études spatiales (CNES)*, n° 414846.

CE, 9 février 2018, *Communauté d'agglomération Val d'Europe Agglomération*, *Lebon* p. 34.

CE, 4 avril 2018, *Ministre des armées*, n° 416577.

CE, 10 octobre 2018, *Communauté intercommunale Réunion Est (CIREST) Virapoullé*, n° 419406.

CE, 9 novembre 2018, *Sociétés Cerba et Daklapack Europe B.V.*, *Lebon* p. 407.

CE, 19 novembre 2018, *Autorité de la Concurrence*, *Lebon T.* p. 540.

CE, 15 mars 2019, *Société anonyme gardéenne d'économie mixte (SAGEM)*, *Lebon* p. 63.

CE, 16 avril 2019, *Société Orange c/ Communauté d'agglomération de Saint-Quentin-en-Yvelines*, n° 422004.

CE, 30 avril 2019, *Société Total Marketing France*, n° 426698.

CE, 28 juin 2019, *Préfet des Alpes-Maritimes c/ Société Plastic omnium systèmes urbains*, Lebon T., p. 590, 821, 829, 837.

CE Sect., 1er juillet 2019, *Association pour le musée des îles Saint-Pierre-et-Miquelon*, Lebon, p. 269.

CE, 24 juillet 2019, *Association Libre horizon et autres*, n° 421139.

CE, 24 juillet 2019, *Association des Petites-Dalles*, n° 421143.

CE, 14 octobre 2019, *Société Les téléskis de la Croix-Fry*, n° 418317.

CE, 21 octobre 2019, *Association Gardez les caps et autres*, n° 421134.

CE, 21 octobre 2019, *Société coopérative métropolitaine générale (CMEG)*, Lebon T. p. 835.

CE, 27 mars 2020, *Commune de Palavas-les-Flots*, n° 432076.

CE, 27 mars 2020, *Métropole du Grand Nancy*, Lebon p. 70.

CE, 27 mai 2020, *Société Clean Building*, Lebon T. p. 843.

CE, 3 juin 2020, *Département de Loire-Atlantique*, Lebon T. p. 842.

CE, 3 juin 2020, *Centre hospitalier d'Avignon*, Lebon T. p. 842.

CE, 10 juillet 2020, *Société Comptoir de Négoce d'Équipements*, Lebon p. 281.

CE, 9 octobre 2020, *Commune de Montpellier*, Lebon T. p. 770.

CE, 20 novembre 2020, *Association Trans'Cub*, Lebon T. p. 842.

CE, 15 février 2021, *Société Oméga +*, n° 445488.

CE, 18 mai 2021, *Association française indépendante de l'électricité et du gaz*, n° 434438.

CE, 18 mai 2021, *Société SNBTP*, n° 448618.

CE, 9 juin 2021, *Conseil national des barreaux*, Lebon T. p. 778.

CE, 20 juillet 2021, *Société Espélia*, Lebon T., pp. 776, 832, 881.

CE, 20 juillet 2021, *Association Comité d'aménagement du VIIe arrondissement* n° 444715.

CE, 25 novembre 2021, *Collectivité de Corse*, Lebon p. 351.

CE, 2 mars 2022, *Société Formateurs de Bourbon*, n° 458019.

CE, 28 mars 2022, *Commune de Ramatuelle et Société Tropezina Beach Development*, n° 454341.

CE, 16 mai 2022, *Société hospitalière d'assurances mutuelle (SHAM)*, n° 459408.

2. COURS ADMINISTRATIVES D'APPEL

CAA Marseille, 1^{er} mars 2010, *Société VEOLIA*, n° 08MA01013.

CAA Marseille, 11 juillet 2011, *Société générale méditerranéenne de travaux*, n° 08MA03145.

CAA Marseille, 10 octobre 2011, *Département de la Corse du Sud*, n° 09MA04637.

CAA Lyon, 24 novembre 2011, *Société Crystal*, n° 10LY02005.

CAA Marseille, 4 juin 2012, *Société Azur Fêtes*, n° 09MA01928.

CAA Douai, 12 juin 2012, *Bertrand B. et Pierre C.*, n° 10DA01598.

CAA Bordeaux, 5 juillet 2012, *Cabinet d'assurances Axa*, n° 11BX00828.

CAA Nancy, 17 décembre 2012, *Société Bancel*, n° 11NC00416.

CAA Nancy, 7 février 2013, *Société Soprema*, n° 11NC01001.

CAA Lyon, 30 octobre 2013, *Société Casinon de Montrond-les-Bains*, n° 13LY00721.

CAA Lyon, 30 janvier 2014, *SARL Marot*, n° 13LY00468.

CAA Paris, 3 avril 2014, *Association La justice dans la cité*, n° 13PA02769.

CAA Nancy, 12 mai 2014, *M. M. c/ Communauté urbaine du Grand Nancy*, n° 13NC01303.

CAA Lyon, 13 novembre 2014, *Association des consommateurs de la Fautelière*, n° 14LY00987.

CAA Douai, 22 janvier 2015, *Association Vern'œil, Regroupement des organismes de sauvegarde de l'Oise*, n° 13DA01187.

CAA Paris, 29 janvier 2015, *Syndicat national unifié des personnels des forêts et de l'espace naturel (SNUPFEN)*, n° 13PA03171.

CAA Marseille, 2 février 2015, *Société Autocars Rignon et fils*, n° 13MA02215.

CAA Bordeaux, 8 juin 2015, *Communauté de communes du Quercy Caussadais*, n° 13BX02453.

CAA Marseille, 9 novembre 2015, *SARL Interface*, n° 14MA03488.

CAA Marseille, 9 novembre 2015, *Conseil régional de l'ordre des architectes du Languedoc-Roussillon*, n° 15MA01938.

CAA Marseille, 28 décembre 2015, *Société Les 3 Luc*, n° 14MA04545.

CAA Lyon, 17 mars 2016, *Société MBH Samu*, n° 15LY01116.

CAA Paris, 7 avril 2016, *Fédération française de rugby*, n° 14PA04947.

CAA Marseille, 9 mai 2016, *Centre hospitalier régional universitaire de Montpellier*, n° 14MA03224.

CAA Paris, 23 mai 2016, *Société ACS Production*, n° 15PA02272.

CAA Marseille, 13 juin 2016, *Association de défense des usagers du port de Frioul*, n° 15MA00808.

CAA Paris, 8 juillet 2016, *CCI de la Nouvelle-Calédonie*, n° 14PA03697.

CAA Nantes, 7 décembre 2016, *Communauté de communes du Kreis Breizh*, n° 14NT02302.

CAA Bordeaux, 2 février 2017, *Association Savès-accueil Transparence*, n°s 14BX02682 et 14BX02684.

CAA Paris, 14 mars 2017, *Société GEA*, n° 16PA00718.

CAA Paris, 4 juillet 2017, *Lacroix-Wasover c/ Société immobilière d'économie mixte de la ville de Paris*, n° 15PA02283.

CAA Nancy, 26 septembre 2017, *Société Schiocchet Excursions*, n° 16NC00079.

CAA Nantes, 6 octobre 2017, *Société Lytec*, n° 15NT03533.

CAA Paris, 11 octobre 2017, *Mme D. c/ Cité de la Musique*, n° 16PA02885.

CAA Nantes, 22 décembre 2017, *Société Eiffage Energie Val de Loire*, n° 16NT01413.

CAA Nancy, 28 décembre 2017, *Conseil régional de l'ordre des architectes de Lorraine c/ Commune de Raon-l'Étape*, n° 16NC01207.

CAA Bordeaux, 28 décembre 2017, *Société Eurocars Sabaron*, n° 16BX00860.

CAA Nancy, 28 décembre 2017, *Conseil régional de l'ordre des architectes de Lorraine c/ Commune de Vigy*, n° 16NC01209.

CAA Versailles, 22 février 2018, *Ordre national des architectes*, n° 15VE00035.

CAA Marseille, 19 mars 2018, *Préfet des Alpes Maritimes*, n° 16MA02355.

CAA Nantes, 3 avril 2018, *Association de protection du site des Petites Dalles et autres*, n° 17NT01735.

CAA Paris, 24 avril 2018, *Société GLBM*, n° 16PA03554.

CAA Douai, 3 mai 2018, *Mme B. c/ Commune de Moyvillers*, n° 15DA01301.

CAA Nantes, 23 juillet 2018, *SCI Val de Sarthe*, n° 17NT00930.

CAA Paris, 11 décembre 2018, *Société Steam France*, n° 17PA01588.

CAA Bordeaux, 12 décembre 2018, *Société DATEX Martinique*, n°s 16BX02845, 16BX02846, 16BX03196 et 16BX03197.

CAA Marseille, 11 février 2019, *Société Groupe Alter-Services*, n° 18MA01864.

CAA Nantes, 15 février 2019, *Conseil national des barreaux*, n° 18NT02067.

CAA Paris, 13 mai 2019, *Société Air Alizé*, n° 17PA00023.

CAA Nancy, 23 juillet 2019, *Société Iserba*, n°s 18NC01517 et 18NC01518.

CAA Marseille, 27 décembre 2019, *Ville de Marseille*, n° 19MA01714.

CAA Douai, 27 février 2020, *M. D. c/ Communauté d'agglomération Lens-Liévin et Société Territoires 62*, n° 18DA02505.

CAA Paris, 21 juillet 2020, *Association Comité d'aménagement du VIIe arrondissement*, n° 19PA04069.

CAA Bordeaux, 22 février 2021, *Société Sea-Invest Bordeaux*, n° 18BX03381.

CAA Marseille, 28 février 2022, *Association collectif de l'eau – usagers d'Avignon*, n° 20MA00706.

CAA Lyon, 24 mars 2022, *Métropole de Lyon c/ Association CANOL*, n° 19LY021023.

CAA Marseille, 25 avril 2022, *SAS Seateam Aviation*, n° 19MA05387.

3. TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS

TA Paris, 2 juillet 1996, *M. Alain Sarfati et autres*, n° 95-10231/6.

TA Cergy-Pontoise, 18 décembre 2007, *Société Immobat*, n° 0713258.

TA Versailles, 19 mars 2008, *Société CAC SA et Société Clichy-Dépannage*, n° 0801326.

TA Châlons-en-Champagne, 28 août 2008, *CIBC c/ ANPE*, n° 0801856.

TA Paris, 23 juillet 2010, *Société THK Gokcen Havacilik Iktisadi Isletmesi*, n° 10-12902.

TA Strasbourg, 28 mars 2014, *Société AS protection*, n° 1401223.

TA Melun, 5 février 2015, *Société Groupe Nasse*, n° 1308665.

TA Châlons-en-Champagne, 19 mai 2015, *Ville de Reims et Société Amaury sport organisation*, n° 1500835.

TA Bordeaux, 19 juin 2015, *Société Dépannage Automobile H et K*, n° 1502302.

TA Bordeaux, 9 mai 2016, *Association Trans'Cub*, n° 1302295.
TA Bordeaux, 20 mars 2017, *Association des architectes du patrimoine*, n° 1500706.
TA Lille, 8 novembre 2018, *Société Groupe Eurotunnel SE*, n° 1503245.
TA Versailles, 7 décembre 2018, *SARL Le domaine du bois fresnais et SARL Île-de-France Promotion*, n° 1504770.
TA Lyon, 31 janvier 2019, *Association des contribuables actifs du lyonnais*, n° 1709083.
TA Bastia Ord., 14 juin 2019, *Préfète de la Corse*, n° 1900631.
TA Bordeaux, 8 février 2021, *Commune de Langon*, n° 1900982.
TA Toulouse, 25 mai 2021, *Toulouse Métropole, Veolia Eau et Suez Eau France*, n° 1901926.
TA Lille, 12 novembre 2021, *SARL SOS Oxygène Distribution*, n° 1910804.
TA Rouen, 11 janvier 2022, *Société OGF*, n° 1903542.

4. CONSEIL CONSTITUTIONNEL

CC, 21 janvier 1994, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, n° 93-335 DC.
CC, 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, n° 96-373 DC.
CC, 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, n° 99-416 DC.
CC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, n° 2006-540 DC.
CC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, n° 2006-543 DC.
CC, 11 février 2011, *M. Alban Salim B.*, n° 2010-100 QPC.
CC, 17 juin 2011, *Association Vivraviry*, n° 2011-138 QPC.
CC, 2 octobre 2020, *Société Méduane Habitat, Société Bâtiment mayennais*, n° 2020-857 QPC.

5. COUR DE CASSATION

Cass., Civ. 3^e, 26 janvier 1972, Bull. civ. III n°69.
Cass., Com., 1^{er} mars 1983, *Société Crédit universel*, Bull. civ. IV n° 93.
Cass. Ass. Plén., 6 octobre 2006, *Myr'Ho et Boot Shop*, n° 05-13.255, Bull. ass. plén. n° 9, p. 23.

6. TRIBUNAL DES CONFLITS

- TC, 3 mars 1969, *Société interprofessionnelle du lait et des dérivés Interlait*, *Lebon* p. 682.
- TC, 2 mars 1970, *Société Duvoir*, *Lebon* p. 885.
- TC, 21 mars 1983, *UAP*, *Lebon* p. 537.
- TC, 14 février 2000, *Commune de Baie-Mahaut c/ Société Rhoddlams*, *Lebon* p. 747.
- TC, 22 novembre 2010, *SARL Brasserie du Théâtre c/ Commune de Reims*, *Lebon* p. 590.
- TC, 8 juillet 2013, *Société d'exploitation des énergies photovoltaïques c/ EDF et ERDF*, *Lebon* p. 371.
- TC, 13 octobre 2014, *Société Axa France IARD*, n° 3963, *Lebon* p. 471.

7. COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

- CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston c/ Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, C-222/84.
- CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, C-213/89, *Rec.* 2433.
- CJCE, 19 juin 2008, *Presstext Nachrichtenagentur*, aff. C-454/06.
- CJUE, 4 juillet 2013, *Fastweb*, aff. C-100/12.
- CJUE, 5 avril 2016, *PFE*, aff. C-689/13.
- CJUE, 5 septembre 2019, *Lombardi*, aff. C-333/18.

8. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

- CEDH, 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, n° 4451/70.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	I
SOMMAIRE	III
LISTE DES ABRÉVIATIONS	V
INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
PREMIÈRE PARTIE L'OUVERTURE DU RECOURS DES TIERS CONTRE LE CONTRAT ADMINISTRATIF	31
TITRE 1. LES ACTES ATTAQUABLES PAR LES TIERS	33
CHAPITRE 1. LA REDISTRIBUTION COHÉRENTE DES ACTES ATTAQUABLES PAR LES TIERS AU CONTRAT ADMINISTRATIF	35
Section 1. La contestation du contrat administratif	37
§1. Une sécurisation différée	38
A/ L'instabilité des contrats signés avant l'arrêt <i>Tarn-et-Garonne</i>	39
B/ La stabilité des contrats signés après l'arrêt <i>Tarn-et-Garonne</i>	44
§2. Une singularisation assurée	49
A/ L'unification du régime contentieux du contrat administratif	50
1. <i>L'indépendance du juge du contrat à l'égard du juge de l'excès de pouvoir</i>	50
2. <i>L'indépendance du juge du contrat à l'égard du juge de l'exécution</i>	54
3. <i>L'indépendance du juge du contrat à l'égard du juge des référés</i>	56
B/ La particularisation consécutive de la notion de contrat administratif	60
Section 2. La reclassification des actes périphériques	64
§1. La multiplication des actes logiquement soumis au juge du contrat	65
A/ L'intégration initiale des actes antérieurs à la conclusion du contrat	65

B/ L'incorporation fondamentale d'une mesure postérieure à la conclusion du contrat	68
§2. La raréfaction des actes irrésistiblement soumis au juge de l'excès de pouvoir	74
A/ Les actes détachables du contrat de droit privé	75
B/ Les actes d'approbation	78
C/ Les actes de nature réglementaire	81
1. <i>Les clauses réglementaires</i>	82
2. <i>Les contrats de recrutement d'agent public</i>	87
CONCLUSION DU CHAPITRE	91
CHAPITRE 2. LA RÉPARTITION INSATISFAISANTE DES ACTES ATTAQUABLES PAR LES TIERS AU CONTRAT ADMINISTRATIF	93
Section 1. La dénonciation de la répartition des actes attaquables par les tiers au contrat administratif	94
§1. Une classification lacunaire	94
A/ L'imprévisibilité de l'avenir des relations contractuelles	95
B/ L'instabilité persistante des relations contractuelles	101
1. <i>Le recours en excès de pouvoir contre l'acte d'approbation</i>	101
2. <i>Le recours de plein contentieux contre le refus de résiliation</i>	104
§ 2. Une redéfinition rudimentaire	107
A/ Un symptôme : l'éclatement des notions	107
B/ Une cause : l'absence de définitions	113
Section 2. L'indispensable définition des actes attaquables par les tiers au contrat administratif	116
§1. Les actes attaquables	117
A/ Des actes contractuels	117
B/ Des actes précontractuels	122

§2. Les actes inattaquables	125
A/ Les actes extracontractuels	126
B/ Les actes post-contractuels	129
CONCLUSION DU CHAPITRE	135
CONCLUSION DU TITRE	137
TITRE 2. LES CONDITIONS D’ACCÈS RELATIVES AUX TIERS	139
CHAPITRE 1. L’ACTUELLE DIVERGENCE DES CONDITIONS D’ACCÈS DES TIERS	
AU JUGE DU CONTRAT	141
Section 1. Les origines de la divergence	142
§1. Un recours initialement objectif	142
A/ Une objectivisation marquée	143
B/ Une subjectivisation manquée	148
§2. Un recours finalement subjectif	153
A/ La subjectivisation des raisons de l’action	154
B/ La subjectivisation des moyens de l’action	159
Section 2. Les manifestations de la divergence	163
§1. Un accès différencié	164
A/ L’accès facilité des tiers privilégiés	164
B/ L’accès rationalisé des tiers ordinaires	170
§2. Un accès limité	172
A/ L’accès sensiblement limité des opérateurs économiques	172
B/ L’accès relativement limité des autres tiers	180
CONCLUSION DU CHAPITRE	191
CHAPITRE 2. L’ESSENTIELLE CONVERGENCE DES CONDITIONS D’ACCÈS DES	
TIERS AU JUGE DU CONTRAT	193
Section 1. Les motifs d’une convergence	194

§1. Les motifs attachés au contrat administratif	194
A/ Le cantonnement de l'effet relatif du contrat administratif	195
B/ Le renforcement du caractère administratif du contrat administratif	201
§2. Les motifs tirés des tiers au contrat administratif	205
A/ La protection du droit au recours des tiers au contrat administratif	206
B/ L'attribution du rôle des tiers dans le contentieux contractuel administratif	211
Section 2. Les dispositifs d'une convergence	216
§1. L'émancipation des classifications des recours	216
A/ Une impossible catégorisation	217
B/ Une tentative de qualification	222
§2. La définition de nouvelles conditions du recours	227
A/ L'intérêt à agir des tiers contre le contrat administratif	227
1. <i>Détermination de l'intérêt à agir</i>	228
2. <i>Illustration des intérêts à agir</i>	233
B/ Les moyens d'agir des tiers contre le contrat administratif	240
1. <i>Délimitation des moyens invocables</i>	240
2. <i>Présentation des moyens invocables</i>	244
CONCLUSION DU CHAPITRE	251
CONCLUSION DU TITRE	253
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	255
SECONDE PARTIE L'EXERCICE DU RECOURS DES TIERS CONTRE LE CONTRAT ADMINISTRATIF	257
TITRE 1. L'EXERCICE DU RECOURS DES TIERS DEVANT LE JUGE DU CONTRAT ADMINISTRATIF	259

CHAPITRE 1. LA DÉFINITION DE L'OFFICE DU JUGE DU CONTRAT ADMINISTRATIF	263
Section 1. Le maintien préférentiel de la stabilité des relations contractuelles	265
§1. L'ignorance d'une irrégularité	266
A/ L'irrégularité ignorée en raison du délai	266
B/ L'irrégularité ignorée en raison du requérant	271
§2. La reconnaissance d'une irrégularité	276
A/ La relativisation de l'irrégularité	276
B/ La neutralisation de l'irrégularité	283
Section 2. La remise en cause exceptionnelle des relations contractuelle	291
§1. La gradation de l'impact du pouvoir d'extinction	291
A/ La disparition prospective du contrat administratif : la résiliation	292
B/ La disparition rétroactive du contrat administratif : la résolution	298
§2. La modération de l'usage du pouvoir d'extinction	307
A/ L'aménagement du pouvoir d'extinction du contrat	307
1. <i>La modulation des effets de la disparition</i>	308
2. <i>La circonscription des effets de la disparition</i>	310
B/ L'encadrement du pouvoir d'extinction du contrat	313
CONCLUSION DU CHAPITRE	319
CHAPITRE 2. LA REDÉFINITION DE L'OFFICE DU JUGE DU CONTRAT ADMINISTRATIF	321
Section 1. Le perfectionnement de l'office du juge du contrat consacré à la reconnaissance de l'illégalité	322
§1. La limitation dans le temps de la reconnaissance des irrégularités	322
A/ L'omission d'un pouvoir de limitation du délai de recours : un risque pour la stabilité du contrat administratif	323

B/ L'instauration d'un pouvoir de limitation du délai de recours : un gage de stabilité du contrat administratif	328
§2. La multiplication par les conditions relatives au requérant des reconnaissances d'irrégularités	331
A/ Une légitimation de l'action administrative	332
B/ Une sécurisation de l'action administrative	338
Section 2. Le perfectionnement de l'office du juge du contrat consacré aux conséquences de l'illégalité	342
§1. La promotion du pouvoir de régularisation	343
A/ La diversification des modalités de régularisation	343
B/ L'extension du champ d'application de la régularisation	352
§2. La circonscription du pouvoir d'indemnisation	356
A/ Un pouvoir à l'effectivité limitée	357
B/ Un pouvoir à modérer	360
CONCLUSION DU CHAPITRE	365
CONCLUSION DU TITRE	367
TITRE 2. L'EXERCICE DU RECOURS DES TIERS DANS LE CONTENTIEUX CONTRACTUEL ADMINISTRATIF	371
CHAPITRE 1. L'ARTICULATION DU RECOURS « TARN-ET-GARONNE » AVEC LES VOIES DE RECOURS OUVERTES À L'ENSEMBLE DES TIERS	373
Section 1. Le recours des tiers contre le contrat et les recours contre les actes détachables	374
§1. Une source d'instabilité multifactorielle	374
A/ Une instabilité structurelle	375
B/ Une instabilité conjoncturelle	381
§2. Des remèdes de nature jurisprudentielle	385
A/ L'intégration des avenants dans le plein contentieux	386

B/ La transposition du délai raisonnable de recours	390
Section 2. Le recours des tiers contre le contrat et le référé-suspension	394
§1. Des insuffisances regrettables	394
§2. Des améliorations envisageables	399
CONCLUSION DU CHAPITRE	405
CHAPITRE 2. L'ARTICULATION DU RECOURS « TARN-ET-GARONNE » AVEC LES VOIES DE RECOURS RÉSERVÉES À CERTAINS TIERS	407
Section 1. Le recours des tiers contre le contrat et le déferé préfectoral	408
§1. La légitimation d'un statut privilégié du préfet	408
A/ L'identification des privilèges confiés au préfet	409
B/ Le fondement des privilèges octroyés au préfet	412
§2. La relativisation du statut privilégié du préfet	414
A/ Un déferé sous-exploité	415
B/ Un déferé soumis à un régime contentieux harmonisé	418
Section 2. Le recours des tiers contre le contrat et les référés ouverts aux concurrents évincés	424
§1. L'institutionnalisation d'une place singulière accordée aux concurrents évincés	424
A/ Des exigences européennes respectées	425
B/ Des exigences européennes surpassées	432
§2 La modération de la particularité de la place occupée par les concurrents évincés	441
A/ La subjectivisation des moyens invocables	442
B/ La limitation des procédures annulables	449
CONCLUSION DU CHAPITRE	457
CONCLUSION DU TITRE	461

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	463
CONCLUSION GÉNÉRALE	465
BIBLIOGRAPHIE	471
TABLE DES MATIÈRES	509

LE RECOURS DES TIERS CONTRE LE CONTRAT ADMINISTRATIF

La période de quiétude du contentieux contractuel administratif aura duré près d'un siècle, avant de connaître de nombreux bouleversements successifs, dont la fréquence s'est accélérée aux cours des dernières décennies. Cette profonde mutation entraîne inévitablement des conséquences sur la notion de contrat administratif et sur la conception juridictionnelle de celui-ci. La dernière grande évolution, marquée par la création d'un recours en contestation de la validité du contrat administratif ouvert à l'ensemble des tiers, en témoigne particulièrement. Elle trahit une volonté de la part du Conseil d'État de préserver coûte que coûte la stabilité des relations contractuelles : d'une part, en contrôlant l'accès des tiers au prétoire du juge du contrat ; d'autre part, en soumettant l'appréciation de la légalité du contrat à un juge de plein contentieux, dont l'office repose sur la recherche de solutions alternatives à l'annulation du contrat. Une telle politique jurisprudentielle se justifie largement au regard des enjeux soulevés par la faculté pour les justiciables de remettre en cause le contrat administratif. Instrument de mise en œuvre de l'action administrative, le contrat administratif engage les deniers publics et contribue à l'exécution du service public, voire plus largement à la satisfaction de l'intérêt général. L'efficacité de l'action publique ne peut donc tolérer un environnement instable. D'où l'intérêt d'assortir la contestation du contrat de conditions strictement définies. Mais la stabilité des relations contractuelles s'acquiert notamment au prix d'une atteinte au droit au recours et au principe de légalité. La question se pose donc de savoir si, en premier lieu, la stabilité du contrat justifie que les administrés puissent interroger le juge sur la légitimité de l'action administrative dans des hypothèses qui tendent à se raréfier ; et si, en second lieu, elle doit tolérer la pérennité de contrats administratifs irréguliers. La présente étude s'attache ainsi à démontrer que sous les apparences d'une voie d'action soucieuse des intérêts des tiers et de la stabilité des relations contractuelles, le recours des tiers contre le contrat dénature partiellement la notion de contrat administratif. Par définition, un contrat administratif produit des effets à l'égard des tiers, qui sont aussi bien destinataires de l'action administrative (usagers du service public, contribuables locaux) que contributeurs (opérateurs économiques, élus locaux). Un changement de paradigme s'impose alors, afin de tenir compte des intérêts collectifs et publics mis en jeu par l'action administrative contractuelle, tout en respectant la sécurité juridique du contrat administratif exigée notamment par le principe de continuité du service, la bonne gestion des deniers publics et l'intérêt général. Car ces deux considérations ne sont pas incompatibles. Aussi, cette étude propose par ailleurs d'ouvrir plus largement l'accès des tiers au juge du contrat administratif, tout en procédant à des ajustements nécessaires à la stabilisation du contrat. La légitimité et l'efficacité de l'action administrative contractuelle en sortiront renforcées.

THE THIRD PARTIES REMEDY AGAINST THE ADMINISTRATIVE CONTRACT

The period of quietude in administrative contractual litigation lasted for nearly a century, before undergoing numerous successive upheavals, the frequency of which has accelerated in recent decades. This profound change inevitably has consequences for the notion of administrative contract and its jurisdictional conception. The latest major development, marked by the creation of an appeal to challenge the validity of an administrative contract open to all third parties, is a particular example. It betrays a desire on the part of the Conseil d'État to preserve the stability of contractual relations at all costs: on the one hand, by controlling the access of third parties to the courtroom of the contract judge; on the other hand, by submitting the assessment of the legality of the contract to a judge of full jurisdiction, whose office is based on the search for alternatives to the annulment of the contract. Such a jurisprudential policy is largely justified in view of the issues raised by the possibility for litigants to challenge the administrative contract. As an instrument for implementing administrative action, the administrative contract commits public funds and contributes to the performance of public service, and even more broadly to the satisfaction of the general interest. The effectiveness of public action cannot therefore tolerate an unstable environment. Hence the interest in attaching strictly defined conditions to the challenge of the contract. However, the stability of contractual relations is achieved at the price of infringing the right to appeal and the principle of legality. The question therefore arises as to whether, in the first place, the stability of the contract justifies that citizens can question the judge on the legitimacy of administrative action in cases that tend to be rare; and whether, in the second place, it should tolerate the perpetuation of irregular administrative contracts. This study thus seeks to demonstrate that, under the appearance of a course of action that is concerned with the interests of third parties and the stability of contractual relations, the recourse of third parties against the contract partially distorts the concept of administrative contract. By definition, an administrative contract produces effects with respect to third parties, who are both recipients of the administrative action (users of the public service, local taxpayers) and contributors (economic operators, local elected officials). A change of paradigm is therefore necessary, in order to take into account the collective and public interests at stake in the administrative contractual action, while respecting the legal security of the administrative contract required in particular by the principle of continuity of the service, the sound management of public funds and the general interest. These two considerations are not incompatible. This study also proposes to give third parties wider access to the administrative contract judge, while making the necessary adjustments to stabilize the contract. The legitimacy and effectiveness of administrative contractual action will thus be strengthened.