

<https://www.observatoire-collectivites.org/spip.php?article4638>

L'arrêt "département du Tarn et Garonne" : vers une dépenalisation par ricochet du contentieux de la commande publique ?

- Jurisprudence -



Date de mise en ligne : vendredi 4 avril 2014

Copyright © Observatoire Smacl des risques de la vie territoriale & associative - Tous droits réservés

Une entreprise n'ayant pas déposé d'offre et un élu d'opposition peuvent-ils contester devant le juge des contrats les conditions d'attribution d'un marché public ?

Oui : dans un arrêt rendu le 4 avril 2014, le Conseil d'Etat ouvre à tous les tiers justifiant d'un intérêt lésé par un contrat administratif la possibilité de contester sa validité devant le juge du contrat. Cette décision revient sur une jurisprudence ancienne réservant cette voie de recours aux parties au contrat et aux concurrents évincés lors de sa passation. Pour assurer un minimum de sécurité aux relations contractuelles, les tiers ne pourront se plaindre que des illégalités particulièrement graves ou en rapport direct avec leur intérêt lésé. En revanche les membres des assemblées délibérantes se voient reconnaître un intérêt à agir élargi leur permettant de contester, par tout moyen, la légalité des contrats administratifs signés par leur collectivité. Cette ouverture des vannes par le juge administratif pourrait se traduire par une dépénalisation partielle du droit de la commande publique, les entreprises n'ayant pu soumissionner disposant désormais d'une alternative à la plainte avec constitution de partie civile, action que leur avait ouverte la Cour de cassation dans un arrêt rendu en 2004.

Le département du Tarn-et-Garonne lance un appel d'offres ouvert en vue de la conclusion d'un marché à bons de commande ayant pour objet la location de longue durée de véhicules de fonction pour les services du conseil général. Le 20 novembre 2006, la commission permanente du conseil général autorise le président de l'assemblée départementale à signer le marché avec une société retenue comme attributaire par la commission d'appel d'offres. Mais, dans le délai de deux mois, un conseiller général saisit le tribunal administratif de Toulouse d'une demande d'annulation pour excès de pouvoir de la délibération, au motif principalement que l'avis d'appel public à la concurrence ne comportait pas la rubrique « Procédures de recours » en méconnaissance des dispositions du règlement de la Commission du 7 septembre 2005.

Il obtient gain de cause devant le tribunal administratif qui annule la délibération attaquée pour violation des obligations de publicité et de mise en concurrence et invite les parties, à défaut de résolution amiable du contrat, à saisir le juge du contrat, ce que confirme la cour administrative d'appel de Bordeaux.

L'occasion pour le Conseil d'Etat d'apporter une importante modification à sa jurisprudence relative à la recevabilité de l'action des tiers à un contrat administratif. Jusqu'ici en effet, seules les parties signataires du contrat pouvaient en contester directement la validité devant le juge du contrat. Les tiers au contrat ne pouvaient contester, pour leur part, que les actes administratifs dits « détachables » du contrat, c'est-à-dire les actes préalables à sa conclusion, qui l'ont préparée et rendue possible [1]. L'annulation d'un acte « détachable » illégal ne débouchait qu'exceptionnellement sur l'annulation par ricochet du contrat lui-même.

Deux brèches avaient été ouvertes dans cet ordonnancement juridique au profit des candidats évincés qui se sont vu reconnaître par la jurisprudence le droit de former un recours devant le juge du contrat [2], et par le législateur celui de former un référé contractuel.

Dans l'arrêt "Conseil général du Tarn et Garonne" du 4 avril 2014, le Conseil d'Etat va plus loin et reconnaît à tous

les tiers justifiant d'un intérêt lésé par un contrat administratif la possibilité de contester sa validité devant le juge du contrat. Pour préserver la stabilité des relations contractuelles, le Conseil d'Etat exige cependant que les tiers ne pourront se plaindre que des illégalités particulièrement graves ou en rapport direct avec leur intérêt lésé.

Intérêt à agir de tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé par le contrat

Désormais tous les tiers susceptibles d'être lésés par un contrat administratif peuvent introduire 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. La seule limite fixée par le Conseil d'Etat : que le contrat soit susceptible de le léser dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine.

Considérant qu'indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, 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".

Intérêt à agir élargi des membres de l'organe délibérant de la collectivité

Le Conseil d'Etat va plus loin s'agissant des membres de l'organe délibérant de la collectivité, dont les prérogatives sont rapprochées du rôle du préfet dans l'exercice du contrôle de la légalité. Ainsi les conseillers municipaux, départementaux, régionaux ou communautaires peuvent contester la validité d'un contrat passé par leur collectivité :

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'Etat dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité".

Ce droit est même particulièrement étendu puisque les élus et le préfet peuvent invoquer tout moyen à l'appui de leur recours alors 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 :

Considérant que le représentant de l'Etat 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".

Il s'agit là de la reconnaissance d'un pouvoir accru des conseillers d'opposition qui vont ainsi pouvoir jouer un rôle de surveillance sur les contrats de la collectivité et une forme de contrôle de la légalité bis.

Délai de 2 mois

Les tiers lésés ont deux mois pour agir à compter de l'accomplissement des mesures de publicité du contrat. Et ce y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics. Ils peuvent accompagner leur recours d'une demande tendant à la suspension du contrat. Le préfet, dans le cadre du contrôle de la légalité, reste recevable à contester la légalité de ces actes 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 :

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 ; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ; que la légalité du choix du cocontractant, de la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de le signer, ne peut être contestée qu'à l'occasion du recours ainsi défini ; que, toutefois, dans le cadre du contrôle de légalité, le représentant de l'Etat dans le département est recevable à contester la légalité de ces actes 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 ; "

Pouvoirs du juge du contrat

Ce n'est pas parce que les critiques formulées contre le contrat sont jugées recevables que le contrat sera automatiquement annulé. Plusieurs alternatives s'offrent en effet au juge du contrat selon la nature des vices constatés :

- décider la poursuite de l'exécution du contrat ;
- inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe ;
- résilier, le contrat, avec effet immédiat ou différé ;
- prononcer l'annulation totale ou partielle du contrat.

Dans toutes ces situations le juge pourra, s'il est saisi d'une demande en ce sens, indemniser le requérant du préjudice découlant de l'atteinte aux droits lésés [\[3\]](#) .

La résiliation (à effet immédiat ou différé) ne peut être prononcée 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. Encore faut-il que le juge ait vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général. Quant à l'annulation (totale ou partielle) du contrat, elle est réservée aux situations où 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 que le juge doit relever d'office.

qu'ainsi, il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, 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 ; 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 lui revient 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 que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci ; qu'il peut 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".

Application dans le temps

En raison de l'impératif de sécurité juridique, cette nouvelle voie de recours ouverte par le Conseil d'État ne pourra être exercée que contre les contrats signés à compter du 4 avril 2014. Pour les contrats signés avant cette date, les anciennes voies de recours sont donc seules valables.

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 ; que l'existence d'un recours contre le contrat, qui, hormis le déféré préfectoral, n'était ouvert avant la présente décision qu'aux seuls concurrents évincés, ne prive pas d'objet les recours pour excès de pouvoir déposés par d'autres tiers contre les actes détachables de contrats signés jusqu'à la date de lecture de la présente décision."

Confirmation du marché passé par le conseil general

Le Conseil d'Etat annule l'arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux lui reprochant de ne pas avoir recherché si l'irrégularité constatée avait été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la délibération contestée ou de priver d'une garantie les personnes susceptibles d'être concernées par l'indication des procédures de recours contentieux.

Evoquant l'affaire au fond, le Conseil d'Etat estime "qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que cette irrégularité [omission de porter les renseignements requis à la rubrique de l'avis d'appel public à la concurrence consacrée aux procédures de recours] ait été, dans les circonstances de l'espèce, susceptible d'exercer une influence sur le sens de la délibération contestée ou de priver des concurrents évincés d'une garantie, la société attributaire ayant été, d'ailleurs, la seule candidate".

Il ne saurait non plus être reproché au département d'avoir recouru au marché fractionné pour la location de ses véhicules de service, dès *"qu'il ressort des pièces du dossier que, compte tenu du renouvellement à venir de l'assemblée départementale et de la perspective du transfert de nouvelles compétences aux départements, le département de Tarn-et-Garonne n'était pas en mesure d'arrêter entièrement l'étendue de ses besoins dans le marché"*.

Incidences possibles de cette jurisprudence sur le contentieux pénal de la commande publique

Quelles seront les incidences possibles de l'ouverture des vannes des recours devant le juge des contrats administratifs sur le contentieux pénal de la commande publique ? Les pessimistes pourraient y déceler une source d'alimentation supplémentaire des parquets qui pourront puiser dans ce contentieux administratif d'éventuels délits de favoritisme.

A moins qu'au contraire les tiers, et tout particulièrement les entreprises qui n'ont pas pu candidater, s'orientent désormais vers le juge administratif plutôt que vers le dépôt de plainte avec constitution de partie civile. La Cour de cassation, bien avant l'arrêt Tropic, a en effet admis la recevabilité de la constitution de partie civile d'une entreprise dont l'activité entre dans l'objet du marché, dès lors qu'elle dispose du personnel et du matériel adapté et que l'attribution irrégulière dudit marché a eu pour conséquence directe de lui faire perdre une chance d'en être déclarée attributaire [4]. La Cour de cassation ne distinguait dans cet arrêt pas selon que l'entreprise en question s'était portée ou non candidate au marché. Et pour cause : une méconnaissance des règles de publicité a précisément pu avoir pour objet, ou pour effet, d'éliminer des candidats potentiels.

L'arrêt du Conseil d'Etat du 4 avril 2014 ouvre une nouvelle voie pour ces entreprises dont l'intérêt est moins de vouloir faire condamner les responsables de la collectivité au pénal que d'obtenir l'annulation du marché sans préjudice d'une éventuelle indemnisation. Ainsi l'arrêt du Conseil d'Etat pourrait, par ricochet, se traduire par une dépénalisation partielle du contentieux de la commande publique. A suivre...

[Conseil d'Etat, 4 avril 2014, N°358994](#)

Post-scriptum :

- Tous les marchés publics et contrats administratifs signés à compter du 4 avril 2014 seront désormais exposés à des recours étendus des tiers lésés qui pourront contester leur validité devant le juge du contrat.
- Les tiers lésés ne pourront cependant se plaindre que des illégalités particulièrement graves ou en rapport direct avec leur intérêt lésé.
- Les élus des collectivités disposent d'un droit de recours encore plus étendu puisqu'ils peuvent invoquer tout moyen à l'appui de leur recours. L'opposition pourra ainsi s'ériger en "contrôle de la légalité" bis.
- Les tiers lésés ont deux mois pour agir à compter de l'accomplissement des mesures de publicité du contrat. Et ce y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux public.
- Le juge du contrat dispose de plusieurs options en fonction de la gravité des manquements constatés et de ce que requiert l'intérêt général. Il pourra :
 - décider la poursuite de l'exécution du contrat ;
 - inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe ;
 - résilier, le contrat, avec effet immédiat ou différé ;
 - prononcer l'annulation totale ou partielle du contrat.

Le tout sans préjudice des indemnisations versées au requérant lésé.

– L'ouverture des vannes par le juge administratif pourrait se traduire par une dépénalisation partielle du contentieux de la commande publique : on peut en effet penser que les entreprises n'ayant pu candidater préféreront désormais, par pragmatisme et par volonté de ne pas "se griller" sur le marché, obtenir l'annulation du marché et/ou une indemnisation plutôt que de porter plainte au pénal avec constitution de partie civile (une nuance cependant : même en l'absence de dépôt de plainte, le parquet conserve le droit de poursuivre s'il estime qu'une infraction est caractérisée).

Etes-vous sûr(e) de votre réponse ?

– [Une entreprise qui avait la capacité à répondre à un marché public peut-elle se constituer partie civile en cas de poursuites contre l'acheteur public pour favoritisme ?](#)

– [Les demandes indemnitaires d'un concurrent évincé peuvent-elles être présentées plus de deux mois après l'accomplissement des mesures de publicité de l'avis d'attribution du contrat ?](#)

[@levent_saban](#) C'est une éventualité effectivement... L'avenir nous le dira !

â€" Observatoire Smacl (@ObsSmacl) [7 Avril 2014](#)

>

[1] CE, 4 août 1905, Martin, p. 749

[2] CE, Assemblée, 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation, n° 291545

[3] La demande indemnitaire n'est pas soumise au délai de 2 mois : Avis du Conseil d'Etat n° 347002 du 11 mai 2011

[4] Cour de cassation, chambre criminelle, 28 janvier 2004, N° 02-86597